

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

El derecho a la vivienda social digna

**Regularización de los asentamientos irregulares consolidados desde la perspectiva
de la dignidad y de la eficiencia pública**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Mariza Ríos

Director

José Eugenio Soriano García

Madrid, 2018

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

EL DERECHO A LA VIVIENDA SOCIAL DIGNA

**Regularización de los asentamientos irregulares consolidados desde la perspectiva de la
dignidad humana y de la eficiencia pública**

Memoria para optar al grado de Doctora presentada por

MARIZA RIOS

DIRECTOR

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

Madrid, 2017

A mis padres, João Rios y Maria das Dores, sagrario de donde recibí la vida.

[...] a síntese da democracia participativa, um passo adiante da democracia representativa que, sem substituí-la, vem aperfeiçoá-la e revitalizá-la na realização substantiva da legitimidade [...] enquanto conjunto de valores é um modo de vida; quanto um regime político e, enquanto práxis é técnica social para compor interesses diversos. Somente pelo exercício permanente do diálogo, da conciliação e do consenso, pilastra da legitimidade, um povo aprende a cultivar a democracia como estilo de vida e a mantê-la como regime político.

(D. de Figueiredo Moreira Neto, 1992)

AGRADECIMIENTOS

El sentido de la vida se construye atento a cada minuto de silencio y de convivencia con todos aquellos que, en el curso de la historia, estuvieron y están presentes con el aroma de la flor de la solidaridad, de la complicidad, del respeto y, sobre todo, del aprendizaje constante de que ser feliz es un estado de espíritu que se conserva en la constante apertura a nuevas experiencias y conocimientos que surgen del diálogo y la convivencia con el diferente y con el igual a nosotros.

Mi agradecimiento en este momento de mi vida es a mis hermanos de sangre que, en cada encuentro y desencuentro, me conceden la oportunidad de aprender a aprender el secreto de la vida, a vosotros Isabel Gonçalves Ríos, María Gonçalves Gonçalves Ríos e Isaías Ríos. Hermanos de sangre que con el permiso de Dios permanecen presentes en mi vida. A Ana Gonçalves Ríos y Daniel Gonçalves Ríos que gozan del banquete eterno y son presencia espiritual constante, les dedico mi dulce amor de añoranza serena.

No puedo olvidarme de los amigos que siguen dándome la oportunidad de renovar cada día la convicción de que vale la pena creer en las palabras de Rui Barbosa: *“A força do direito deve superar o direito da força”*. Prefiero no nombrar a todos estos amigos porque de esta manera no me arriesgo a olvidarme de ninguno y conservo así el sentimiento que mantengo vivo de todo el aprendizaje, de toda la solidaridad y, sobre todo, de los gestos de cariño y complicidad que solamente el corazón consigue guardar.

A mi director de tesis profesor Dr. José Eugenio Soriano García que durante toda la investigación participó críticamente con la competencia que le es habitual y, sobre todo, con un corazón mayor que mi deseo de encontrar respuestas a los problemas de la efectividad del derecho. Me animó, abrió caminos y me acompañó en el camino arduo y, al mismo tiempo, placentero de la investigación científica. Dios, sin duda, lo puso en mi vida como director de tesis porque conoce mis deficiencias y mi persistencia en la búsqueda de alternativas para que la fuerza del derecho siga viva en la defensa de la dignidad humana de cada uno de los ciudadanos y, al mismo tiempo, la democracia pueda sobrevivir al gigantesco imperio del poder que cree que no tiene límites.

No puedo dejar de agradecer la atención del profesor Dr. Marcos Vaquer Caballería que escuchó las innúmeras dudas que tenía y las aclaró con sabias palabras propias de un gran investigador del derecho a la vivienda.

Un agradecimiento especial al Profesor Fernando González Botija que tiene un senso de humanidad que ultrapasa cualquier calificación. De un respeto impar por los alumnos, es el profesor que se mantiene firme en defesna de la calidad científica sin perder la ternura, el respeto y el cariño por los pesquisdores.

A Josefa Manresa mi profesora de español que me ayudó en la corrección de la tesis. Tengo la convicción de que el aprendizaje ocurre cuando el maestro tiene la paciencia educativa que Josefa lleva en el corazón. Y aquí, declaro, sin una sombra de duda, que sin Josefa habría renunciado mucho antes de llegar aquí.

Por último, pero no por ello menos importante, mi sincero agradecimiento a Maria Elizabete de Sousa que a pesar de la escasez de tiempo que teníamos para la organización de la tesis consiguió llevar a buen término el trabajo sin que el poco tiempo disponible interfiriera en la calidad y la competencia del trabajo.

RESUMEN

Esta tesis tiene como centro de investigación la efectividad/eficacia del derecho a la vivienda social digna incluido en el artículo 6º de la Constitución Federal de 1988. En este sentido, los principios de la dignidad humana y de la eficiencia pública, también previstos en la Constitución Federal, sirven como punto de referencia para la investigación y, al mismo tiempo, apuestan a que una lectura sistémica de los derechos sociales fundamentales constitucionales elaborados a partir de estos dos principios puede señalar nuevas direcciones de efectividad. En este contexto, pensar en la eficiencia de la acción pública nos da la oportunidad de distanciarnos de un enfoque económico ampliamente explotado en otras investigaciones. El sesgo económico, a nuestro juicio, puede eclipsar la obligación del Estado de promover y proteger los derechos sociales fundamentales. Por esta razón pensar en la vivienda como un lugar para vivir, como disfrute, señala otra faceta de la baja efectividad de este derecho centrado en el principio de la eficiencia pública. En este contexto, la experiencia brasileña cuenta con la participación de la sociedad en la construcción, promoción y protección de los derechos fundamentales y, por lo tanto, a nuestro juicio, le ofrece a la democracia participativa la base de un proceso que consolida la identidad constitucional, el Estado Democrático de Derecho. La tesis señala como sugerencia la necesidad de crear un consejo de la ciudad con la participación del Estado en los ámbitos ejecutivo, judicial y legislativo, con el sector privado y con la sociedad como una especie de responsabilidad compartida en la ejecución de las políticas públicas de regularización territorial urbana y, por último, en el ámbito judicial sugiere la creación de una jurisdicción especializada en urbanismo que pueda atender las demandas en términos del orden urbanístico elaborado en 2001 por el “*Estatuto da Cidade*”.

PALABRAS CLAVE: Estado; Derecho; Democracia; Ciudad; Participación; Dignidad humana y Eficiencia/eficacia pública.

ABSTRACT

The core of investigation of this thesis is the effectiveness/efficiency of the right to decent social housing included in article 6 of the 1988 Federal Constitution. On that purpose, the principles of human dignity and public effectiveness, also foreseen in the Federal Constitution, can be used as a point of reference for investigation and, at the same time, they bet that a systemic reading of the fundamental constitutional social rights created from those two principles is able to point at new effectiveness directions. In that context, thinking about the efficiency of public action gives us the opportunity to pull away from an economic focus widely exploited in other investigations. The economic bias, from our point of view, may overshadow the State's obligation of promoting and protecting the fundamental social rights. For that reason, thinking about housing as a place to live, as a pleasure, marks another perspective of the low effectiveness of that right that is centered in the principle of public efficiency. In its context, the Brazilian experience counts on the participation of the society building, promoting and protecting the fundamental rights and, on that purpose, it offers participative democracy the basis of a process that consolidates the constitutional identity, the Democratic Rule of Law. The thesis suggests the need to create a city council with the participation of the State at the executive, judicial and legislative levels, the private sector and the society in a kind of shared responsibility for the execution of the public policies regarding the urban territorial regularization and, at the end, at the judicial level, it suggests the creation of a jurisdiction specialized in urbanism that is able to attend to the demands related to the urbanistic order prepared in 2001 by the "*Statute of the City*".

KEYWORDS: State; Right; Democracy; City; Participation; Human dignity and public efficiency/effectiveness.

SUMARIO

RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	10
1 ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA	19
1.1 Democracia y Estado de Derecho.....	19
1.2 Fundamentos y principios de la democracia.....	43
1.3 Eficiencia y legitimación social de la acción pública.....	58
1.4 Dignidad humana y legitimación de la acción pública.....	66
2 ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO EN LA CONSTITUCION DE 1988	78
2.1 Constitución democrática	78
2.2 Democracia y derechos sociales	100
2.3 Contexto urbano	120
3 DERECHO A LA VIVIENDA SOCIAL	135
3.1 Derecho de propiedad y derecho a la vivienda.....	135
3.2 Derecho a la vivienda social digna	147
3.3 Paradigma de la construcción de los derechos humanos	163
3.4 Paradigma de la participación de la sociedad	179
4 EL ESTATUTO DE LA CIUDAD Y LOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA URBANA	197
4.1 Estatuto de la ciudad.....	197
4.2 Directrices e instrumentos	209
5 PLAN DIRECTOR.....	218
5.1 La designación plan director, su contenido y sus efectos jurídicos.....	220
5.2 Principios constitucionales atinentes al plan	223
5.3 La disciplina infraconstitucional del Plan Director	227
5.4 La gestión democrática de la ciudad.....	230
5.5 El contenido mínimo del plan director	232
6 POLÍTICA PÚBLICA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA SOCIAL DIGNA.....	235
6.1 Protección del derecho a la vivienda	235
6.2 La política pública de regularización territorial urbana	239
6.3 Programas de regularización urbana: <i>Minha Casa Minha Vida</i>	246
6.4 Programas de regularización urbana: <i>Vila Viva</i>	250
6.5 Instrumentos de regularización y legalización	254
6.6 La legalización de la posesión y de la propiedad	259
7 EFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA DE REGULARIZACIÓN TERRITORIAL	272
7.1 Dignidad, eficiencia y participación de la sociedad	272
7.2 Objetivos y resultados de la investigación	301
8 CONSIDERACIONES FINALES	304

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	307
ANEXO	320
Anexo 1 – Proposta de Pesquisa de Campo	320
Anexo 2 – Informe y entrevistas realizadas.....	322

INTRODUCCIÓN

El derecho social a la vivienda está garantizado en el artículo 6° de la Constitución Federal de Brasil y este derecho aparece registrado en los artículos 182 y 183 que están reglamentados en el “*Estatuto da Cidade*”, ley 10.257 de 2001. Esta ley determinó que los Ayuntamientos tenían la total competencia para ordenar y regularizar la vivienda urbana.

Sin embargo, lo que se observa en las ciudades brasileñas, es que el déficit de la vivienda social es muy grande así como también lo son los asentamientos irregulares, con lo cual, si por un lado, tenemos un programa de regularización del territorio con inversión pública que tiene como objetivo la regularización del territorio, por otro lado, las irregularidades crecen en la misma medida, o sea, la política de regularización del territorio no consigue alcanzar la demanda porque al mismo tiempo que se regularizan los territorios crecen sin precedentes nuevos asentamientos irregulares.

El derecho a la vivienda se entrecruza, obligatoriamente, con el derecho constitucional, urbanístico y administrativo, económico y ambiental. No obstante, nuestra investigación tiene como prioridad la efectividad de los Derechos Sociales en el Estado Democrático de Derecho, a partir de los aspectos constitucional, administrativo y urbanístico bajo la óptica de los principios de la supremacía de la ley, del reconocimiento de los derechos, de la eficiencia pública, de la dignidad humana y de la participación de la sociedad, específicamente, en la política social urbana de regularización territorial de los asentamientos urbanos irregulares que surgieron a lo largo de la historia en las ciudades brasileñas.

Este trabajo se limita al periodo de 2000 a 2016 por dos razones principales. La primera razón por la inclusión de la Enmienda Constitucional n° 26 de 2000 que incluye el derecho a la vivienda en el capítulo de los Derechos Fundamentales Sociales de la Constitución Federal. La segunda razón porque Brasil, en 2001, consolida un nuevo orden urbanístico reglamentado en el “*Estatuto da Cidade*” que es competencia del municipio para regularizar el territorio urbano a través del Plan Director.

El Estado Democrático de Derecho se construye dando preponderancia a dos principios básicos: la supremacía de la ley y el reconocimiento de los derechos fundamentales a todo ser humano y, de esta manera, se reconoce que los derechos codificados en el texto constitucional están allí para que sean cumplidos, o sea, ganan carácter de efectividad. Efectividad que dirige las acciones concretas del Estado a través de las políticas públicas.

En este contexto, la Constitución de 1988 consagra un conjunto de derechos individuales y sociales que se llaman derechos fundamentales y para que se cumplan el estado necesita políticas públicas efectivas y, en el caso del derecho a la vivienda social, requieren, en primer lugar, una lectura sistémica de los derechos sociales constitucionales que sea de conocimiento y comprensión de los poderes públicos, así como también de la población. De esta manera todos los poderes y la población tienen que ser responsables de la promoción y protección de forma compartida.¹

La construcción de la democracia brasileña que está pautaada, históricamente, por la participación de la sociedad al incluir estos derechos en la Constitución de 1988, así como en la construcción del nuevo orden urbanístico de 2001, puede contribuir para la disminución del déficit de efectividad de estos derechos. En este contexto el municipio asume un importante papel de formulación y concreción de las políticas públicas de calidad que son necesarias para garantizar y proteger la vivienda social digna. Y es clave vincular resueltamente democracia con Estado de Derecho, siguiendo la estela del maestro Eduardo García de Enterría.²

¹ Debo indicar que el máximo exponente reconocido indudablemente de la doctrina iuspublicista española, aborda resueltamente ambos temas, mostrando cómo la norma jurídica constitucional, expresión clave del Estado de Derecho, puede aceptar planteamientos participativos de democracia que no impiden la plena aceptación de la consideración militante de la Constitución como Norma Jurídica. *Vid.* E. García de Enterría Martínez-Carande: “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Thomson Civitas, 2006.

Y dando opciones a la participación, bien que limitada y desde luego juridificada, lo que supone exactamente situarse en las antípodas de todo populismo, el maestro de la Complutense se pronuncia en “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa” (E. García de Enterría Martínez-Carande, *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*. Coord. por Rafael Gómez-Ferrer Morant, 1989, p. 437-452).

² Una visión global de la significación que tuvo don Eduardo García de Enterría, precisamente realizada en Brasil con ocasión de un congreso en su homenaje, puede encontrarse en G. Fernández Farreres, “Los juristas y la lucha por el Derecho: el legado del profesor Eduardo García de Enterría”. *Revista de administración pública*, nº 195, 2014, p. 11-53.

Sin embargo, lo que se observa en las ciudades brasileñas, es que el déficit de la vivienda social es muy grande así como también lo son los asentamientos irregulares, con lo cual, si por un lado, tenemos una política pública de regularización del territorio con inversiones públicas e instrumentos prácticos de regularización, por otro lado, las irregularidades crecen en la misma medida, o sea, la política de regularización del territorio no consigue alcanzar la demanda porque al mismo tiempo que se regularizan los territorios crecen sin precedentes nuevos asentamientos irregulares.

El tema propuesto se entrecruza, obligatoriamente, con los derechos constitucional, urbanístico y administrativo, económico y ambiental. No obstante, nuestra investigación tiene como prioridad la efectividad de los derechos sociales en el Estado Democrático de Derecho, a partir de los aspectos constitucional, administrativo y urbanístico bajo la óptica de los principios de la de la eficiencia pública, de la dignidad humana y de la participación de la sociedad, específicamente, en la política social de regularización de los asentamientos urbanos irregulares consolidados que surgieron a lo largo de la historia en las ciudades brasileñas.

La tesis tiene como objetivo pensar la efectividad de la vivienda desde la perspectiva de la dignidad y de la eficiencia pública ³ porque entendemos que bajo este prisma es posible que el trabajo del estado tenga una mejor calidad y, en consecuencia, la efectividad de la vivienda. En otras palabras, entender el derecho social a la vivienda, bajo el tamiz de la dignidad y de la eficiencia pública propicia una mayor calidad al trabajo que viene

³ Es capital en este punto las aportaciones del profesor Luciano Parejo Alfonso, a su vez uno de los autores, no por casualidad, claves en el estudio e interpretación de la ordenación del territorio y derecho urbanístico. En este autor se dan cita, claramente, la posición favorable al desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, el principio de autonomía local, y el de eficacia, no por casualidad, estando todos centrados en el despliegue que a lo largo de los años ha realizado este importante pensador en relación con el urbanismo. *Vid.*, entre otros trabajos que ulteriormente citaremos, L. J. Parejo Alfonso, “Eficacia y administración: tres estudios”, *Boletín Oficial del Estado*, BOE: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1995. Ya en su añejo trabajo “Crisis y renovación en el derecho público”, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 se pronunciaba por la tesis de hacer de la dignidad, en su esencia, la clave de la reconstrucción del Derecho Administrativo. Igualmente y mostrando una línea consolidada, ya en su trabajo anterior “Constitución y valores del ordenamiento”, Centro de Estudios Ramón Areces 1990 y tempranamente en “Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa”, Madrid, Cívitas, 1983.

desarrollándose en el campo de la regularización de los asentamientos irregulares consolidados.⁴

Nuestra Constitución reconoció en el conjunto de los principios constitucionales el principio de la dignidad humana y, en términos administrativos, el principio de la eficiencia pública y estos dos fueron los escogidos en esta tesis con el objetivo de profundizar su relación dentro del Estado Democrático de Derecho. Es decir, los respectivos principios, a nuestro juicio, podrán ayudarnos en la tarea de comprender los problemas de la efectividad del derecho social a la vivienda que el Estado brasileño enfrenta en la formulación y aplicación de políticas sociales de regularización del territorio en asentamientos irregulares urbanos.

El principio de la dignidad está garantizado en el artículo 1º y el principio de la eficiencia pública, a su vez, está garantizado en la Constitución en su artículo 37 que determina que el poder público tiene la tarea, en su función, de ser eficiente y, por lo tanto, la calidad de su trabajo está sometida a la eficiencia. La participación social, en la experiencia brasileña, no sólo en la construcción del orden urbanístico, sino también en la efectividad de los derechos sociales ha sido, históricamente, muy importante y, por esta razón, influye en el propio concepto de democracia.

Este trabajo se limita al periodo de 2000 a 2016 por dos razones principales. La primera razón por la inclusión de la Enmienda Constitucional nº 26 de 2000 que incluye el derecho a la vivienda en el capítulo de los Derechos Fundamentales Sociales de la Constitución Federal. La segunda razón porque Brasil, en 2001, consolida un nuevo orden urbanístico reglamentado en el “*Estatuto da Cidade*” que es competencia del municipio para

⁴ L. J. Parejo Alfonso, “Derecho urbanístico (Instituciones básicas)”, Mendoza, Argentina: Ciudad Argentina, 1986, ampliando luego el trabajo realizado en colaboración con el profesor García de Enterría. “Lecciones de derecho urbanístico”, Madrid, Civitas, 1981. 908p. Insistiendo en sus planteamientos, más recientemente, “La construcción del espacio: una introducción a la ordenación territorial y urbanística, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015. En relación con la vivienda incorporándola como derecho, en línea de lo que en esta Tesis se defiende, *vid.* M. Vaquer Caballería “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011.

regularizar el territorio urbano a través del Plan Director. En este sentido la problemática que esta tesis enfrenta esta formulada en dos problemas:

El primer problema tiene dos cuestiones básicas que son: ¿la magnitud del déficit de los derechos sociales que soportamos actualmente tiene su razón de ser dentro de un Estado Democrático de Derecho? ¿En qué medida la construcción de la Democracia brasileña puede influir en la efectividad de los derechos sociales, específicamente, en el de la vivienda social?

Las respuestas a este problema, a nuestro juicio, son las que dan soporte al segundo problema: ¿Es posible en una nueva lectura interpretativa de los principios de la eficiencia pública y de la dignidad humana encontrar la salida al problema del déficit de efectividad de la vivienda social urbana? y ¿En qué medida una política pública habitacional puede influir en la efectividad de la vivienda?⁵

Por esta razón, el foco teórico de la investigación está centrado en la lectura crítica del Estado Democrático de Derecho en el que la Democracia, en la experiencia brasileña, a nuestro juicio, tiene en su núcleo la participación de la sociedad tanto en la construcción del modelo del Estado Democrático de Derecho, como en la inclusión del derecho a la vivienda en la Constitución y, por último, en la construcción del nuevo orden urbanístico. En esta lectura los principios de la eficiencia pública y de la dignidad humana se convierten en el soporte de la investigación

Sin embargo, si, por una parte, el Estado crea políticas y programas públicos de regularización del territorio, por otra parte, las *favelas* irregulares tienen un crecimiento descomunal en los últimos años, añadido a esto observamos una cierta depreciación del trabajo del Estado por una gran presión inmobiliaria que lleva, entre otras consecuencias, al surgimiento de un mercado de viviendas clandestino.⁶ El poder público, en este contexto,

⁵ M. Vaquer Caballería. "El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente". *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, Nº 32, 2015, p. 121-154.

⁶ L. José Parejo Alfonso, "Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad", *Temas para el debate*, Nº 223 (jun.), 2013 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción), p. 35-41; J. E. Soriano García, "Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución". *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 36, 2010, p. 225-246; M. Vaquer Caballería. "Corrupción pública y ordenamiento jurídico", *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Directores: Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú, Julio César Tejedor Bielsa, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 125-140.

aunque tenga inversión pública, no ejecuta su acción con eficiencia. A nuestro juicio, ese escenario es un mal que afecta la política pública de regularización de la vivienda y, además, no resuelve el problema de la vivienda social. Los programas, tanto los de nivel federal como los de nivel local, son bastante criticados cualitativamente por su carácter provisional, en detrimento de una política pública permanente.

La metodología escogida para nuestra investigación parte de una revisión bibliográfica sobre Estado, Derecho y Democracia en los que los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento de derechos constituyen el foco central. A continuación, la recuperación de los principios de la eficiencia y de la dignidad humana como núcleo de una posible interpretación del derecho a la vivienda, en una regularización del territorio urbano, que contribuya para la existencia de una ciudad más inclusiva de responsabilidad compartida.

Por eso la investigación de esta tesis, desde el punto de vista histórico, hace una investigación descriptiva y, desde el punto de vista de la construcción interpretativa del tema, opta por una investigación que se califica como explicativa que está destinada a presentar la experiencia democrática brasileña que tiene en la participación social el núcleo de la construcción y de la efectividad de la vivienda social digna. Por último, presenta sugerencias prácticas en el campo de la función pública, judicial y social, en las que la participación social garantiza lo que llamamos responsabilidad compartida.

Así, a través del método hipotético deductivo llegamos a la investigación que se presenta de manera cualitativa, aunque cuenta con entrevistas libres que tienen como objetivo, únicamente, ayudar a fundamentar la tesis. Así pues, además de una investigación teórica, trabajamos con entrevistas concretas que unen lo genuinamente académico con lo práctico y permiten una explicación global de carácter integral para tratar de conseguir alternativas que puedan mejorar el aspecto de la efectividad.

El tema se justifica porque, al revisar las producciones de conocimiento sobre el derecho a la vivienda en Brasil, es posible decir que no encontramos hasta ahora un análisis

sobre el tema de la efectividad de la vivienda social desde una perspectiva de interpretación que priorice la integración de los principios de la eficiencia pública y de la dignidad humana. Tenemos una gran cantidad de producciones sobre la precariedad de las políticas públicas dirigidas a la regularización territorial desde un punto de vista económico, histórico y social para concluir que las acciones del Estado no son capaces de dar efectividad al derecho a la vivienda social digna.

A partir de este análisis tomamos la decisión de hacer una lectura desde la perspectiva de la dignidad y de la eficiencia.⁷ Está claro que en todos estos estudios aparece la dignidad en todas las producciones, en esto no hay ninguna novedad, sin embargo, nuestra investigación parte de la premisa que la eficiencia pública es muy importante para lograr la efectividad de la propia dignidad.

Así pues, los principios de la dignidad humana y de la eficiencia pública pueden entenderse de varias maneras. La manera escogida, en nuestra tesis, es la de entenderlos como principios que nos ayudan a encontrar soluciones para la efectividad del derecho a la vivienda social en los términos de la Constitución Federal. Por eso, optamos por enfrentar el desafío de pensar en la efectividad desde la perspectiva de las acciones públicas que, a nuestro juicio, no están restringidas a las cuestiones económicas.

Otro aspecto importante en torno a la efectividad es la importancia de recuperar el sentido de la dignidad humana como principio que exige la participación de la población. Una participación activa que confirme el trabajo del estado en la defensa de una ciudad inclusiva en la que la conservación de la acción pública sea tanto responsabilidad del Estado como del pueblo. Es decir, los poderes públicos, el sector privado y la población crean de esta manera una responsabilidad compartida por la promoción y por la protección del derecho a la vivienda social. Esto es el sentido constitucional del tema y, de esta manera, la ciudad se entiende como espacio físico y conjunto de valores.⁸

⁷ M. Vaquer Caballería, “Derecho a la vivienda, dignidad de la persona y garantía de un mínimo vital”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 48, 2014, p. 34-39; *Gaceta sindical: reflexión y debate*, I, N° 23, 2014 (Ejemplar dedicado a: Por una reforma constitucional), p. 329-342.

⁸ L. J. Parejo Alfonso, “Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, ISSN 1579-4911, N° 136, 2015, p. 6-16.

Finalmente, nuestra tesis está dividida, metodológicamente, en siete capítulos. El primero se ocupa de la reconstrucción histórica del concepto de Estado de Derecho y Democracia, con el objetivo de, en su contexto teórico, hacer una lectura de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento del Derecho y, a partir de esa reconstrucción, los principios de la dignidad humana y de la eficiencia de la acción pública que, a nuestro juicio, podrán servir como clave de lectura de una nueva interpretación de la efectividad del derecho social a la vivienda a través de la regularización del territorio urbano.

El segundo capítulo lo dedicamos a la lectura del Estado Democrático de Derecho en la Constitución del 1988. En este escenario, la prioridad es presentar el camino histórico de la construcción de la democracia y, dentro de esta construcción, priorizar en el conjunto de los derechos sociales el derecho a la vivienda en el contexto urbano. Los fundamentos que avalan estos derechos sociales están albergados en la Constitución como derecho social directamente aplicable, esto es, la Constitución como Norma Jurídica, por seguir con la clásica expresión de Enterría.⁹

El tercer capítulo se dedica al derecho a la vivienda social desde el punto de vista de una interpretación sistémica y finalística con el objetivo de comprender la realidad de los asentamientos irregulares consolidados. Por esta razón, se inicia haciendo una importante diferenciación sobre el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda y termina apuntando el paradigma de la construcción de los derechos fundamentales y, dentro de esta, el paradigma de la participación de la sociedad.

El “*Estatuto da Cidade*” y el orden urbanístico, además de las directrices e instrumentos que garantizan la regularización de la ciudad, forman parte del cuarto capítulo en el que la construcción del nuevo orden urbano previsto en el artículo 182 de la Constitución está impregnado del principio de la dignidad humana que incidirá sobre la regularización de la ciudad.

⁹ E. García de Enterría. “La Constitución como norma jurídica”, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979, luego refundido con el texto citado en la nota 1 (que suele ser el más citado habitualmente).

En el quinto capítulo nos dedicamos al Plan Director que es un documento jurídico en el que los principios de la política pública dirigida a la promoción del derecho de la vivienda se concretan y, por esta razón, se convierten en pieza fundamental para la ordenación de la ciudad.

El sexto capítulo se dedica a la política pública de protección de la vivienda social y de los instrumentos jurídicos de regularización territorial urbana y el registro notarial. El séptimo y último capítulo retoma la centralidad de la tesis para demostrar que es de suma importancia pensar en la efectividad de la vivienda social digna y se hace una descripción de los objetivos y de los resultados encontrados.

1 ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA

1.1 Democracia y Estado de Derecho

Desde el punto de vista principiológico, el Estado de Derecho se constituyó y se firmó sobre el trípode de la supremacía de la ley, de la división de los poderes y del reconocimiento de los derechos fundamentales que tiene como marco la Revolución Francesa y, en ese sentido, García de Enterría afirma que es posible “decir que la democracia como forma de ordenación de la sociedades humanas ha pasado a ser un paradigma universal e indiscutido”¹⁰. La democracia entendida como “el gobierno del pueblo con el consentimiento del pueblo, lo que implica que el poder político sea limitado y sus titulares renovables”¹¹. Lo que esto quiere decir es que la ley que da seguridad jurídica al sistema democrático tiene que ser fruto del consentimiento del pueblo. Entonces, la supremacía de la ley garantiza la voluntad del pueblo y, por él será ejercido el poder de renovación de los titulares de los poderes ejecutivo y legislativo. Así, se puede decir, además, que el ejercicio de la fiscalidad del Estado de Derecho es no sólo del poder judicial, sino del poder del pueblo si bien la fórmula habitual en Europa de disponer de un Tribunal Constitucional, aúna ambas posiciones. En todo caso, quede claro desde el principio, que solamente con fundamento en el Estado de Derecho cabe una Democracia genuina, sin que ninguna *apelatio ad populum* pueda sustituir la racionalización que supone la democracia representativa incardinada en la base misma del Estado de Derecho. Hay un “préstamo mutuo” entre Democracia y Estado de Derecho que no puede disolverse en ninguno de sus extremos, ni en un populismo aparentemente democrático ni en un “Estado de Reglamentos” que desconozca las bases mismas del sistema democrático, con sus libertades y derechos fundamentales en recíproco comodato. Hay una ecuación jurídica que permite afirmar en el moderno constitucionalismo que ambos conceptos se reclaman inequívocamente sin que pueda existir Democracia sin Estado de Derecho ni éste sin aquélla.¹²

¹⁰ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 109.

¹¹ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 109.

¹² J. E. Soriano García “El poder, la administración y los jueces (a propósito de los nombramientos por el Consejo General del Poder Judicial)”, Madrid, Iustel. 2012, “in totum”.

Sin embargo, nuestro esfuerzo en el presente estudio se ocupará solamente de los principios de la supremacía de la ley, del reconocimiento de los derechos y, desde el punto de vista de la efectividad, la eficiencia pública en el Estado Democrático de Derecho. Lo que, en términos teóricos, las líneas elegidas son: ¿cuál es la fuerza de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento del Derecho para la consolidación de la Democracia? Y, ¿en qué consiste la eficiencia pública en términos de valores constitucionales? Así, podemos llegar a posibles respuestas sobre si la Democracia fue capaz de responder a las exigencias de los principios formadores que dan seguridad jurídica al Estado Democrático de Derecho, que son, a nuestro juicio, la supremacía de la ley y el reconocimiento de los derechos.

Al hablar sobre el concepto de Estado, Cosculluela Montaner afirma que “El Estado moderno representa un corte histórico decisivo con la organización política medieval, caracterizada por el fraccionamiento del poder en las instituciones feudales y religiosas”¹³.

No obstante, para el mismo autor, al hablar sobre la importancia histórica del concepto nos indica que:

[...] el Estado Moderno está directamente inspirado en el terreno ideológico por tres autores fundamentales. [...] Maquiavelo que en su obra ‘El príncipe’ [...], deslindó definitivamente el poder político del religioso, afirmando la supremacía del poder real, del Estado, sobre cualquier otro. [...] Bodino en su obra Los seis libros de la Republica, forjó el concepto de soberanía, que expresa la esencia del poder político de Estado, definiéndola como el poder absoluto y perpetuo de una República. Poder absoluto en cuanto supremo, superior a cualquier otro; y perpetuo por ser permanente, trascendente a la persona concreta que lo ejerce. [...] Hobbes, en su obra Leviathan, desarrolló la idea de Estado como organización social compleja y poderosa que ejerce su poder de dominación con una misión utilitarista para la propia sociedad gobernada; el Estado surge históricamente de un contrato entre los individuos de esa sociedad, pero una vez creado trasciende a sus creadores que le prestan sujeción o sometimiento.¹⁴

¹³ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 21.

¹⁴ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 21. Otros estudios sobre el tema pueden ser encontrado en las siguientes obras: E. García de Enterría, “La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa”, Madrid, Thomson/Civitas, 2009; E. García de Enterría, “Revolución francesa y administración contemporánea”, Madrid: Civitas, 1994; E. García de Enterría, “Locke y la Constitución Europea”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, nº 13, 2005; S. Muñoz Machado, “La reserva de jurisdicción”, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 1989.

Con acierto el autor define que pese a la transición histórica de absoluto para moderno, con la revolución liberal, “[...] la idea del Estado sigue siendo la misma: una estructura organizativa de dominación social con poder superior a cualquier otro”¹⁵. Es decir, los liberales crearon la división del poder, pero el Estado continuó igual: una máquina de ofrecer seguridad, lo que implica autoridad en primer lugar.

Y sobre el Estado de Derecho el autor trabaja, con propiedad, su esencia cuyo contenido está en la soberanía popular, la división de poderes, el principio de la legalidad y el reconocimiento de los derechos fundamentales.

El primer aspecto, la soberanía popular, el autor reconoce uno de los más importantes eventos históricos, la constitución americana de 1787 en la que se atribuye la soberanía al pueblo como poder constituyente originario y al gobernante y a los órganos públicos el poder derivado, o sea, el poder político ordinario. Y en ese sentido señala el autor:

La soberanía popular entraña en la clásica división griega de los sistemas políticos una democracia, literalmente, poder del pueblo, y se opone a los sistemas de autocracia, aristocracia y teocracia, con las ricas variantes que tales sistemas han producido a lo largo de la historia. Pero la democracia que el Estado de Derecho impone tiene un contenido más rico que incluye los conceptos de libertad, igualdad, fraternidad o solidaridad y pluralismo político.¹⁶

Sobre la teoría de la división del poder de origen inglés, la segunda característica de la calificación del Estado de Derecho, continúa el mismo autor:

[...] fue formulada por Locke, que diferenció tres poderes en el Estado: el legislativo, el ejecutivo y el confederativo. Este último, considerado como el poder exterior (tratados, diplomacia, paz y guerra), corresponde, junto con el ejecutivo, al Rey; en tanto que el legislativo se atribuye al Parlamento. Esta distinción basada en la experiencia política inglesa de las luchas para afirmar el poder del Parlamento frente al Rey, ponía de manifiesto la necesidad de que los poderes del Estado no pudieran concentrarse en un único órgano. [...] Montesquieu, en su obra “El espíritu de las leyes”, distinguió también tres poderes: el legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Cada una de estos Poderes asume la función que le da nombre; pero la esencia de la teoría no se cifra en una pura distinción funcional, sino en el postulado básico de que cada función debe corresponder a un titular distinto.¹⁷

¹⁵ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 21.

¹⁶ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 22; L. Tribe, “American Constitutional Law”. Mineola, New York. 1978.

¹⁷ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 22/23; J. Locke, “Segundo Ensayo sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil”, Trad. Cristina Piña, Buenos Aires, La página-Losada, 2003.

No obstante, como muy bien informa el autor, en las dos teorías, de Montesquieu y de Locke, no hay diferencia, son la misma, o sea, “[...] rechazar el absolutismo y afirmar la exclusividad del poder legislativo para el Parlamento, como directo representante del pueblo”¹⁸.

Además, la teoría de la división de los poderes esta acuñada en la constitución americana de 1787 y poco después, 1789, en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, lo que a partir de ese momento la división de poderes pasa a expresar la democracia política.

Y, en tercer lugar, el principio de la legalidad que trae como sustancia la idea de la sumisión del ejercicio del poder a la división de los poderes públicos que, a su vez, están sometidos a la Constitución. Lo que quiere decir que la acción de los poderes públicos sometidos al Derecho supone que los ciudadanos están aptos, en el caso de negación del ejecutivo, a que defiendan sus derechos, ante otro poder, que es el Judicial.

Por último, pero no menos importante, está el reconocimiento de los derechos fundamentales o derechos públicos subjetivos como una de las finalidades del Estado de Derecho. Esto en síntesis quiere decir “[...] elevar a los súbditos del Antiguo Régimen a la condición de ciudadanos, a quienes el Derecho reconoce una esfera individual y social de derechos que no puede ser desconocido por el poder público. [...] Estos Derechos Fundamentales son todavía hoy parte especial de toda constitución [...]”¹⁹.

La constitución del marco jurídico institucional y normativo del Estado de Derecho en el contexto histórico pasa por la imprescindible tarea de la construcción de la democracia y esto requiere, como afirma Elías Díaz,

¹⁸ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 23.

¹⁹ L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011. p. 24.

[...] decir que las exigencias éticas y políticas de la democracia tienen la doble participación en las decisiones y los resultados (necesidades, derechos, libertades) se trasladan y deben trasladarse de modo coherente, aunque a través de procesos históricos complejos al marco jurídico, institucional y normativo del que llamamos Estado de Derecho.²⁰

Sin embargo, es necesario pensar en el momento de la transición del Estado Liberal para el Estado Social porque en nuestra tesis el objetivo del estudio es el derecho a la vivienda y este tiene su construcción garantizada en el modelo del Estado Social que, simultáneamente, está introducido en las constituciones modernas, apoyándose resueltamente en la autonomía local, con representación de los distintos intereses colectivos que en la misma se dan cita.²¹

Ahora bien, del siglo XVIII al siglo XX el mundo fue transformado por las revoluciones sociales de igualdad, libertad y fraternidad y, más tarde, en el siglo XX, la revolución del Estado Social incorporó en la constitución la igualdad y la libertad y fue, en ese contexto, que surge la efervescencia de los derechos sociales.

Cada una de las revoluciones intentó poner en la práctica un modelo de Estado. Es decir, fue así en el Estado de Derecho Liberal, el Estado de Derecho Social y el Estado de Derecho Democrático, pero fue en el Estado de Derecho Social en el que se instituyó la idea de las Constituciones programáticas²² que se caracterizaron por la Declaración de los derechos fundamentales, que exigieron normas programáticas sometidas a la situación económica para su concretización. Es el caso de los derechos sociales albergados en las constituciones sociales.

Sin embargo, para Bonavides al hablar sobre la importancia de la sociedad en la construcción de los derechos que pasan por los estados liberal y social de derecho, señala:

A tarefa de alforria da Sociedade, sobre penosa e árdua, assume dimensão gigantesca pela simultânea exigência de introduzir e consolidar os direitos fundamentais insculpidos em sucessivas gerações, ou dimensões, e cuja

²⁰ E. Díaz, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, 4ª ed., Bogotá, Taurus, 2010. p. 11.

²¹ L. J. Parejo Alfonso, “¿Hacia la parlamentarización del sistema de gobierno local?”, *Revista de estudios locales*. Cunal, N° 111, 2008, p. 18-21 y “In memoriam: Eduardo García de Enterría y el derecho local”, *Cuadernos de derecho local*, Número 33, 2013, p. 5-8. Y naturalmente, el clásico y siempre reproducido trabajo del maestro Eduardo García de Enterría Martínez-Carande “Problemas actuales del Régimen Local”, citando por la versión del año 2007, Madrid, Thomson Civitas, demostrando la línea de continuidad con estos eternos problemas de la democracia local base de la representación más cercana al administrado..

²² P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

*concretização se espera da formula cunhada pela Grande Revolução do século XVIII.*²³

No obstante, es interesante observar una de las características del Estado de Derecho liberal que fue considerado por nuestros antepasados como la posibilidad de humanización, de solidez y de gran utopía revolucionaria de los derechos del hombre. Paulo Bonavides, en ese sentido, nos llama la atención para la idea liberal estatal que llegó a humanizarse teóricamente y, se conoció como el Estado de una clase que se vio condenada a muerte cuando surgió la decadencia del capitalismo.²⁴

Desde un punto de vista histórico de cambios, los ingleses escribieron la Magna Carta, el “Bill of Rights” y , a su vez, los americanos escribieron las Cartas de las Colonias y el Pacto Federativo de Filadelfia, pero fueron los franceses que elevaron el carácter de universalidad cuando proclamaron la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, en los que dictaron nuevos marcos políticos en un proceso de universalización de la idea de que el hombre ciudadano sustituiría al hombre súbdito.

Por eso los procesos de las revoluciones trajeron renovaciones importantes que llevaron a los grandes cambios institucionales a medida en que impusieron a favor del hombre los derechos de la libertad, de la fraternidad y de la igualdad que señalaron futuros nuevos rumbos.

Para Bonavides:

*O século XVIII colocou, por conseguinte, todas as premissas e divisas subseqüentes da rotação da ideia revolucionária que para cumprir-se, teve que cursar. Primeiro promulgou as Constituições do chamado Estado de Direito e, ao mesmo passo, com a Revolução da burguesia, decretou os códigos de Sociedade Civil. Outro não foi, portanto, o Estado da separação de poderes e das Declarações de Direitos, que entrou para a história sob a denominação de Estado Liberal.*²⁵

²³ P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 21.

²⁴ P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

²⁵ P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 17.

Por todo eso, siempre que recordamos el surgimiento de los derechos fundamentales de la libertad y de la separación de los poderes nos remitimos, con gran facilidad, al modelo liberal del derecho que, en nombre de la supremacía de la ley, aseguró con ahínco la libertad de contratar la casi inexistencia del Estado en las relaciones sociales y, sobre todo, la libertad económica por encima de la vida de las personas.

A parte de eso, en una conclusión simple podemos decir que el Estado de Derecho Liberal y el Estado de Derecho Social tienen sus orígenes en los movimientos que forjaron con armas y sangre los fundamentos de la sociedad, con el objetivo de, según Bonavides (1993), ajustar el cuerpo social a nuevas categorías del ejercicio del poder. El Estado Social de Derecho, reconoce el mismo autor, tiene su origen en el consenso fundado en los elementos constitucionales de la sociedad, de la creatividad y, por último, de los efectos paulatinos advenidos de la gradual acomodación de los intereses políticos y sociales. El Estado Social de Derecho es, por eso, el Estado de los derechos fundamentales y eso ocurre con la participación de la sociedad.²⁶

Sin embargo, el resultado no podría ser otro sino el Constitucionalismo de los derechos fundamentales. La idea que se aclara es que el Estado Social se presenta dando gran importancia a los intereses de la sociedad y, por consiguiente, a los del ser humano.

Rafael de Agapito Serrano en el prólogo del libro de Bockenforde,²⁷ que escribe desde una óptica constitucional, hace una reflexión que es oportuno recordarla, sobre el concepto de Estado de Derecho a partir de lo que llamó de rasgos comunes del Estado de finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX. De esa forma señaló como los rasgos más

²⁶ E. Forsthoff, "Tratado de derecho administrativo", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958; L. J. Parejo Alfonso, "El Estado Social y Administración Prestacional". *Revista Vasca de Administración Pública*. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria, N° 57, 2000. , p. 17-48.

²⁷ R. de Agapito Serrano in: E. Wolfgang Bockenforde, "Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia", Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. El autor sigue las huellas de Hermann Heller, que muere precisamente en Madrid y que es probablemente el autor que origina el concepto de Estado Social, desde la perspectiva socialdemócrata no marxista de los años 30 del pasado siglo pero cuya pervivencia, al menos hasta la globalización con el ascenso de los populismos, sigue rigiendo gran parte de las raíces del pensamiento jurídico contemporáneo en el ámbito del continente europeo. Vid en español, "Teoría del Estado" (edición y prólogo de Gerhart Niemeyer, Fondo de Cultura Económica, México-1955, traducción de Luis Tobio; - "La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho" UNAM, México 1965; "La justificación del Estado", UNAM, México, Colección lecturas jurídicas, Serie Estudios jurídicos, n° 6. 2002; "Las ideas políticas contemporáneas", Editorial Comares. 2004.

importantes: a) la pretensión de la superación del carácter jurídico formal de las garantías constitucionales por la necesidad de una relación concreta entre derecho y realidad; b) la necesidad de superar la concepción meramente negativa de la función del Estado por el reconocimiento del principio democrático; c) la superación del individualismo absoluto liberal por el principio de la igualdad unido al principio de la libertad; c) una nueva concepción positiva de derecho como algo autónomo de la política, pero reconoce que la política es la fuente de creación del derecho.

A partir de esas orientaciones, Rafael de Agapito Serrano presenta la esencia de la reflexión de Bockenforde y señala que:

[...] el autor no rehúye, y éste es su mérito y el interés que tiene su lectura, la difícil tarea, hoy ineludible, de combinar y hacer productiva las exigencias de una interpretación jurídica rigurosa de tales componentes normativos esenciales junto con una análisis y reflexión sobre los conceptos que están incluidos en estos principios, formulados hoy como norma jurídica y que debe interpretarse como tales.²⁸

Además, Rafael de Agapito Serrano reconoce que “el autor se propone y lleva a cabo una depuración crítica de estos conceptos, atendiendo a la historia de la reflexión sobre ellos y a la experiencia histórica en la que han puesto de manifiesto su ‘grado de verdad’”²⁹.

En este sentido, la propuesta de Bockenforde es una reflexión sobre concepto y exigencia normativa que pueden derivar de los problemas y la vigencia efectiva que puede derivar de la norma constitucional y, con esto, el autor cree en una recuperación histórica de los conceptos de Estado de Derecho y del principio democrático, estos conceptos son de suma importancia en nuestra tesis.

Ahora bien, empezando por el concepto de Estado de Derecho, el autor se dedica a una reflexión, muy importante, del sentido formal y material del Estado de Derecho, sin

²⁸ R. de Agapito Serrano *in*: E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 11.

²⁹ R. de Agapito Serrano *in*: E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 11.

embargo, antes de eso recuerda su origen, por la teoría del liberalismo, con enfoque en los estudios de Robert von Mohl “y con ello la introduce en la discusión general sobre la política y el derecho del Estado”³⁰. No obstante, el término Estado de Derecho, según el autor, fue utilizado por Carl Th. Welcker en 1813, y luego en 1824 por Joh Christoph Freiherr von Aretin. Los tres autores reconocieron el Estado de Derecho como una forma de gobierno y no como una forma de Estado. El “Estado de Derecho es, como indica Welcker, el Estado de la razón, el Estado del entendimiento (Mohl) ‘en el que se gobierna según la voluntad general racional y solo se busca lo mejor de modo general’ (von Aretin)”³¹. A partir de esos autores Bockenforde indica que:

[...] el Estado de Derecho es el Estado de Derecho racional, esto es, el Estado que realiza los principios de la razón en y para la vida en común de los hombres, tal y como estaban formulados en la tradición de la teoría del derecho racional.³²

Con esto, es posible afirmar que en el origen del Estado de Derecho ya encontramos los elementos de la defensa de la vida común y de la razón. Lo que indica una cierta conexión con lo que reconocemos, hoy, por Estado de Derecho de verdad, es decir, la preocupación por la vida de las personas como centro de toda reflexión acerca del Derecho, o de los derechos. Y, además, la inclusión de la idea “res pública”, o sea, comunidad al servicio del interés común de todos los hombres para lo que se necesita un ordenamiento estatal que preserve la vida de las personas en primer lugar.

³⁰ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 18. Sobre este autor y la doctrina alemana, comparándola con la francesa, *vid.* J. E. Soriano García, “Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo”, Bolonia, Real Colegio de España, 1993. Cometa Zaragoza y los amplios trabajos del profesor F. Sosa Wagner: “Maestros alemanes de Derecho público. I”, Madrid, Marcial Pons, 2002 y “Maestros alemanes del Derecho público”, Madrid, Marcial Pons, 2005.

³¹ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 19. Hay que destacar que exactamente sobre el ámbito urbanístico planea, valga la redundancia, una clara concepción del Estado Social, con presencia de la Administración Pública, superando la clásica unión entre propiedad y urbanismo, aspecto fundamental de nuestra Tesis. *Vid.* L. J. Parejo Alfonso, “La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado”. *Documentación administrativa*, nº 271-272, 2005 (Ejemplar dedicado a: El Derecho público de la acción social), p. 481-514.

³² E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 19. Ampliamente, asimismo, con referencia a España, *vid.* L. J. Parejo Alfonso “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de administración pública*, nº 153, 2000, p. 217-250.

La otra exigencia, tan importante como esta para el autor, es:

La organización del Estado y la regulación de la actividad del Estado según principios racionales. A ello responde en primer lugar el reconocimiento de los derechos básicos de la ciudadanía (la llamada ciudadanía del Estado), tales como la libertad civil (protección de la libertad personal, de fe y conciencia, la libertad de prensa, la libertad de movimiento y la libertad de contratación y adquisición), la libertad jurídica y la garantía de la propiedad (adquirida); y junto a ello la independencia de los jueces, (...) un gobierno (constitucional) responsable, el dominio de la ley, la existencia de una representación del pueblo y su participación en el poder legislativo.³³

Finalmente, la base de ese concepto de Estado de Derecho está en la garantía de la libertad y de la propiedad de los ciudadanos y su finalidad es la promoción del bien común, de la comunidad, de la “res pública”. Sin embargo, la libertad no quiere decir la igualdad social, es decir, la igualdad de todos los hombres. Ese principio de la igualdad social es la esencia del Estado Social de Derecho y no del modelo original, el Estado Liberal de Derecho.

El mismo autor define el concepto de Estado de Derecho:

Incluye una tendencia hacia la libertad, pero no se inclina de forma incondicionada hacia la democracia. La libertad política de los ciudadanos, su participación activa en la vida del Estado, vale como culminación y garantía de la libertad civil, pero encuentra su límite allí donde no llega la protección de la libertad civil, donde este se pone en peligro o, en otras palabras, donde deja de dar preferencia a la razón y se inclina a favor de los meros deseos o intereses.³⁴

En lo referente al concepto de la ley, que para Bockenforde es muy importante en la definición del Estado de Derecho, señala.

Y el concepto de ley propio del Estado de Derecho tampoco permite diferenciar entre un concepto material o formal de la ley, sino que es una categoría unitaria. En ella se vincula un aspecto material o de contenido con un concepto formal o procedimental en una unidad inseparable: la ley es una regla general (norma general) que surge con el sentimiento de la representación del pueblo en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad. Todos los principios esenciales para

³³ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 20. Sigue en este punto las teorías ya expresadas por H. Heller, “Escritos políticos”, Alianza Editorial, 1985.

³⁴ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 22/23.

el Estado de Derecho están incluidos institucionalmente en este concepto de ley, y en el reciben su forma. El asentimiento de la representación del pueblo garantiza el principio de la libertad y la posición del sujeto del ciudadano; la generalidad de la ley impide injerencia en el ámbito de la libertad civil y de la sociedad más allá de sus limitaciones o delimitaciones de carácter general, esto es válidas para todos por igual; el procedimiento determinado por la discusión y la publicidad garantiza la medida de racionalidad que el contenido de la ley puede humanamente alcanzar. La ley, creada de este modo obliga jurídicamente a la acción de la Administración, que queda así vinculada y limitada (legalidad de la administración).³⁵

Con todas estas aclaraciones es posible comprender que para el autor la palabra Estado, en el sentido más arriba descrito y sumado a la palabra Derecho respetando el proceso de su construcción legislativa, es igual al Estado de Derecho. Entonces las exigencias mínimas para caracterizar el Estado de Derecho son la legalidad y la legitimidad del derecho que en un Estado se caracteriza por la voluntad de sus ciudadanos con la firme decisión de obediencia a la ley y respeto a la voluntad de la sociedad.³⁶

Ahora bien, al ser la unidad de Estado y Derecho el contenido del Estado de Derecho, en los términos descritos por Bockenforde, la sumisión de la administración a la ley se vuelve una consecuencia lógica y la separación de los poderes (legislativo, judicial y administrativo) significa la perfección del Estado de Derecho, la garantía del imperio de la ley. Por lo tanto, la relación entre ley y administración e individuo es muy importante, lo que impide que la administración pueda interferir- sin habilitación legal previa - en la libertad de los individuos porque estaría contra la ley. Y, además, la garantía de la ley, en ese sentido, es la garantía de los individuos y de la administración pública.³⁷

Sin embargo, el modelo liberal del Estado de Derecho se cristaliza como un modelo formal que con la crisis económica pone en evidencia los límites y debilidades del carácter formal del Estado de Derecho. El mismo autor hace una crítica muy importante en la que el

³⁵ E. Wolfgang Bockenforde, "Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia", Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 23.

³⁶ En su origen, tanto legalidad como legitimidad se encuentran en la propia teoría del Estado. Vid. G. Jellinek "Teoría General del Estado, con traducción de la segunda edición alemana y prólogo de don Fernando de los Ríos. Editorial Albatros. Buenos Aires. Argentina. 1981. El problema de la legitimidad, luego, siempre continúa planteándose, claramente, desde Carl Schmitt "Legalidad y legitimidad" Comares. 2006.

³⁷ El origen se halla en Benjamin Constant, "Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos" "Discurso Pronunciado en el Ateneo de París (1819), *Revista de Estudios Públicos* N° 59, invierno de 1995. Una crítica, poco piadosa desde luego en U. Cerroni, "La libertad de los modernos", Editorial, Ediciones Martinez Roca (1972).

contenido del concepto de la ley, por su carácter técnico, pierde la legitimidad y, además, con la ausencia de la legitimidad surgen nuevas definiciones de la materialidad del Estado de Derecho, que sin lugar a dudas la justicia, como ya defendía Lucas Verdú, gana centralidad en el debate. Por esta razón se percibe una cierta pérdida del discurso de la racionalidad que casi siempre está orientado por el individualismo.

De esa forma, tenemos una cierta pérdida del concepto tradicional (liberal) del Estado de Derecho, mientras que, para Bockenforde, los derechos fundamentales ocupan el lugar de la garantía y limitación de la libertad frente al Estado.

Finalmente, el Estado Liberal de Derecho fue construido sobre la tríade igualdad jurídica, libertad civil y, por último, pero no menos importante, la propiedad. Así de esa manera la esencia de la libertad social (Estado Social de Derecho) acaba por provocar una nueva ausencia de libertad, claro que ahora social, sobre las bases de la igualdad jurídica y, por eso, los movimientos históricos, como por ejemplo las revoluciones, claman por un Estado que intervenga en la sociedad con la función de: asistencia, distribución y, sobre todo,³⁸ “opere activamente contra la desigualdad social, para que la igualdad jurídica y la libertad individual, incluidas en las garantías del Estado de Derecho, no se conviertan en una fórmula vacía para un número de ciudadanos cada vez más amplio”.

El Estado Social de Derecho cuenta con una transformación social y consecuentemente una repercusión en el mundo del Derecho en el que la función de la dogmática jurídica también se transforma en beneficio de las garantías sociales. Así lo afirma Lucas Verdú:

[...] el estado social de Derecho no es una mera fase en la transformación del Estado porque se trata de un momento crítico, y no por lo que tiene de una contraposición más superadora respecto al Estado liberal de Derecho sino, más bien, porque parece anunciar, nada menos, que la lenta desaparición del Estado en cuanto estructura exclusiva de la convivencia occidental.³⁹

³⁸ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 35.

³⁹ P. Lucas Verdú, “La lucha por el Estado de Derecho”, Bolonia, Real Colegio de España, 1975. p. 95.

Además, añade P. Bonavides: “[...] *o Estado Social deve discernir a direção vocacional de seu espírito civilizador e progressista, rumo a uma Sociedade em substituição do cidadão das pátrias, se ergue um cidadão do universo, o homem da polis global*”⁴⁰.

De modo que, esta construcción apunta para el constitucionalismo democrático, lo que ocurre en la segunda mitad del siglo XX, que se consustancia con la concreción de los valores universales y abstractos de las Declaraciones de Derechos Humanos.

No obstante, el liberalismo ofusca la esencia del Estado Social hasta tal punto que se caracteriza una contradicción del modelo. En este sentido la herramienta utilizada por los Estados Nacionales que apuntan para la concreción del nuevo modelo, que, por una parte, es percibida como una lucha por la consagración del principio de la libertad y, por otra parte, por la permanencia del modelo antiguo que acabará por ofuscar la esencia del modelo Social.

Se vislumbra la necesidad de recuperar el concepto de bienestar, una de las prioridades sociales del Estado Social de derecho. Para Díaz (2010), no es posible que se separe el bienestar de otra característica, también importante, que es el desarrollo económico, ambos se entrecruzan en las sociedades industriales. No obstante, el Estado social, de característica neocapitalista, para llevar a cabo su objetivo de bienestar, ha hecho una opción clara ya que tiene una mayor técnica en sus tareas administrativas y, consecuentemente, una menor dosis de ideología política. Todo eso en función de la posible disminución de la desigualdad, aunque esto, a fin de cuentas, no se ha conseguido. No obstante, al menos en Europa, la fórmula vigente desde la II Guerra Mundial había logrado, hasta la crisis económica de 2007 en adelante, unos beneficios notables para toda la población, en términos de esperanza de vida, mejora de condiciones laborales, promoción de todos sin distinción de clases. Ahora, de nuevo, todo está puesto en cuestión e indudablemente se respira en Europa ese ambiente pesimista, con vuelta al nacionalismo, como en los años 30 del pasado siglo, y cuyo mejor exponente, quizás, sea el denominado “Brexit” y los intentos de secesión dentro de Estados de la propia Unión Europea. Vuelta pues a la endogamia propia de la tribu, frente a la posición ecuménica y transnacional que venía representando la Unión Europea.

⁴⁰ P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 20.

Lo que, como el mismo autor concibe, tuvo como consecuencia lógica la despolitización que, a su vez, afectó directamente la característica del Estado de bienestar como un modelo transformador y, en ese sentido, en un Estado más o menos interventor con la necesaria dosis de autoridad. Para Díaz, el bienestar, económicamente hablando, exige un alto nivel de vida con un desarrollo de la producción de empleo, lo que no significa nivelación económica porque si así fuese se aproximaría a los deseos de la democracia, que en su esencia exige nivelación económica⁴¹.

De manera que, en el Estado liberal de Derecho la propiedad, la economía de mercado y la libre iniciativa están en la esencia del sistema y en el Estado social de Derecho la esencia es la justicia social que ocupa la centralidad del Estado. Lo que no quiere decir que tengamos una nivelación económica, sino un sistema intervencionista que trata de equilibrar la justicia social con la libre iniciativa de mercado.

Lucas Verdú entiende que: “[...] el Estado liberal de Derecho alcanza vigencia y prestigio cuando la sociedad se pliega a semejante afirmación; esto ocurre con el triunfo político de la burguesía. Bastarán unos profundos cambios sociales para que aquella afirmación carezca de bases sólidas y sea sustituida por otra nueva”⁴².

Verdú, desde el punto de vista del origen del Estado de Derecho recuerda a Locke y Montesquieu puesto que estos ofrecieron sus contribuciones al cuadro del Estado de Derecho al reconocer el elemento material de los derechos innatos, por ejemplo, la propiedad, la vida y la libertad, y, además, con una buena contribución a la garantía de la separación de los poderes.

Lucas Verdú (1975), Díaz (2010), Marcelo Novelino (2013), Paulo Bonavides (1993 y 2012), José Afonso da Silva (2012), entre otros, confirman que el Estado de Derecho, en términos de su surgimiento, se encuentra entrelazado entre el Estado Absoluto y el Estado Liberal, este último es el que da más importancia a la garantía de la libertad y de la propiedad.

⁴¹ E. Díaz, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, 4ª ed., Bogotá, Taurus, 2010.

⁴² P. Lucas Verdú, “La lucha por el estado de derecho”, Bolonia, Real Colegio de España, 1975. p. 17.

En términos de reconocimiento de la Revolución francesa⁴³, como marco inspirador de los Estados nacionales para la transformación del modelo en el Estado Social de Derecho, el constitucionalista brasileño Bonavides afirma:

*Nós vivemos e viveremos sempre a Revolução Francesa, do verbo de seus tributos, do pensamento de seus filósofos, cujas teses, princípios, idéias e valores jamais pereceram e constantemente se renovam, porquanto conjugam inarredáveis, duas legitimidades, duas vontades soberanas: a do Povo e da Nação. Aquela Revolução prossegue, assim, até chegar aos nossos dias, com o Estado social cristalizado nos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Uma vez universalizados e concretizados, hão de compor a suma política de todos os processos de libertação do homem.*⁴⁴

Es posible concordar con Bonavides cuando dice que gran parte de los estudiosos políticos, con la existencia del modelo del Estado Social, hicieron la proclamación del poder democrático para una sociedad abierta, no obstante, las presiones sociales e ideológicas del marxismo no fueron capaces de transformar la fuerza del Estado Liberal que acabó por convertirse en un Estado Social que trajo consigo todas las crisis de la época, las cuales dificultaron la implantación del propio Modelo Social.

Es de la crisis del modelo liberal que van a surgir los orígenes del Estado Social y, sin embargo, los dos tienen su fundamento jurídico en la supremacía de la ley como constitutivo de su esencia.

El Estado Social de Derecho tiene su centralidad en el compromiso de suprimir la desigualdad social creando libertad para todos y, además, en términos constitucionales el reconocimiento del Estado como Social de Derecho y, en ese sentido, recuerda Bockenforde que el Estado Social de Derecho invade el edificio constitucional obligándolo a la renuncia del concepto de la ley como norma general; la intervención por el principio de la soberanía fiscal y de la garantía de la propiedad. Principios estimados por el Estado Liberal de Derecho y, porque no decirlo, su soporte y su seguridad.

⁴³ Y así se nota desde la clásica exposición de la Revolución Francesa, Historia de la Revolución Francesa de J. Michelet, "Historia de la Revolución Francesa", Ikusager Ediciones. 2008. Vitoria. España. Colección: Correría. 3 Vols. 1800p. Continúa editándose, pese a su antigüedad, ya que agudamente destaca temas como el ahora tratado, adelantándose a su tiempo y garantizando la vigencia de sus postulados.

⁴⁴ P. Bonavides, "Do estado liberal ao estado social", 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 20.

Para el mismo autor, es posible reconocer que el Estado Social de Derecho, por el concepto material de Estado de Derecho, en el que la justicia y la vida se dan las manos, da origen, de esa forma, a una vinculación constitucional de un sistema de valores superiores a los derechos formales. Además, origina las garantías constitucionales de una cierta estructura abierta con procedimientos de amparo, protección y defensa para los ciudadanos. Lo que nos remite a la idea de Lucas Verdú en relación a los postulados éticos contruidos por la filosofía del Derecho.

Por eso, es posible decir que el Estado Social de Derecho y el Estado Democrático de Derecho, en su esencia, dan continuidad a la idea central de sumisión a la ley y, por lo tanto, la importancia del Estado de Derecho en toda la construcción de los modelos Liberal, Social y Democrático.

Para García de Enterría, la democracia, creación en Occidente de las grandes revoluciones de finales del siglo XVII, la americana y la francesa, está bajo la égida de “la igualdad y del destacamento de la ley como pieza central de ordenación social”⁴⁵ en la que se destaca, según el mismo autor, “la igualdad social, que rompió para siempre el abigarrado mundo desigual del Antiguo Régimen (estamentos, privilegios, fueros, casi todos prolongándose en tiempo a través de la herencia), y el papel de la ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del propio poder público”⁴⁶. Lo que llevó al reconocimiento de nuevos valores como la igualdad social y el papel de la ley que tiene como institución máxima la asamblea que garantiza la voluntad común del pueblo.

De esta manera es muy importante la indicación del autor en la que “la idea de que la ley tiene que ser hecha por la voluntad común de sus destinatarios, si bien éstos quedarán después reducidos (sistema censitario) a la clase poseedora y a los nuevos burgueses”⁴⁷. Así, la democracia postula un tipo de organización del Derecho e instituciones capaces de asegurar

⁴⁵ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”. 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 110.

⁴⁶ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”. 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 110.

⁴⁷ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”. 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011, p. 111.

los valores democráticos de la igualdad social y de la afirmación de la ley como centralidad del sistema.

El modelo del Estado Democrático de Derecho, apunta una cierta desconfianza crítica de la realidad descrita en el modelo anterior, ya que, la democracia requiere no solamente el reconocimiento de los derechos, sino que requiere su legitimidad porque la garantía no quiere decir solamente la existencia de un derecho, sino que es mucho más que eso. La ley que posee legitimidad es la que va a confirmar el modelo del Estado de Derecho. Lo que para el modelo democrático es fundamental el reconocimiento de la participación social como acción concreta a fin de dar credibilidad a la ley, desde un punto de vista práctico tenemos como resultado la legitimidad y, así, podemos decir que esta ley es parte del Estado Democrático de Derecho.

Para Silva, en el contexto brasileño, el Estado Democrático de Derecho además de tener una función directiva reconoce la idea de que el objetivo principal es construir una sociedad libre, pluralista y sin prejuicios. Es decir, asegura valores supremos que garantizan derechos que propugnan valores superiores en su ordenamiento, como son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.⁴⁸

La expresión democrática, a nuestro juicio, incluye el reconocimiento de los derechos sociales, la seguridad y el bienestar social. Y, en lo que se refiere a la fraternidad como valor, parte del conjunto de los valores supremos, en nuestro trabajo, tiene el concepto formulado por Hauriou⁴⁹ que incluye la ayuda mutua, la solidaridad y, porque no decirlo, el reconocimiento del otro como ciudadano.

En el campo brasileño en términos de la coyuntura política constitucional se consolida el modelo del Estado Social de Derecho indeclinable, imperativo, lo que en la lectura de Bonavides reconoce que: “[...] *A tarefa de alforria da Sociedade, sobre penosa a árdua, assume dimensões gigantescas pela simultânea exigência de introduzir e consolidar os*

⁴⁸ J. Afonso da Silva, “Comentário contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

⁴⁹ M. Hauriou, “Derecho Público y Constitucional”, 2ª ed., Madrid, Reus, 1972.

*direitos fundamentais insculpidos em sucessivas gerações, ou dimensões, e cuja concretização se espera da formula cunhada pela Grande Revolução do século XVIII*⁵⁰.

Para Barroso “*Democracia, por sua vez, em aproximação sumária traduz-se em soberania popular e governo da maioria*”⁵¹. El Estado democrático de derecho requiere una constitución con la función de promover un consenso que de fuerza al principio basilar de la dignidad de la persona humana para que el Estado funcione. Naturalmente con respeto a la minoría, la cual puede criticar las soluciones mayoritarias, aún teniendo que aceptar como regla, la mayoría como determinante de la decisión última, siempre sometida al Estado de Derecho.

Además, democracia y constitucionalismo se convierten en fenómenos intrínsecamente conectados y se apoyan entre sí en razón de que los dos tienen como objetivo promover la justicia, la seguridad y el bienestar social. Podemos decir que la frontera entre Estado Social de Derecho y Estado Democrático de Derecho es muy pequeña. Es decir, la supremacía de la ley marca que los dos son de derecho y la participación social da la tonalidad del Estado democrático en el que la gobernabilidad es de la mayoría. Por último, el principio de la justicia, mayoritario en los dos en defensa de los derechos fundamentales, tiene la función de vigilar la proximidad entre social y democrático, o, mejor dicho, Estado Social Democrático de Derecho. Es posiblemente la idea de participación la que mejor describe la aportación del concepto “Democrático” del Estado de Derecho, reconocible como Social. Pero tiene sus límites, ya que no cabe en modo alguno confundir esa posibilidad de participación con un asambleísmo permanente, que en realidad es un retroceso pueril, si se pretende su utilización en grandes unidades políticas. Debe pues aceptarse limitaciones a la idea democrática, aceptando la realidad de que basta la representación sin necesidad alguna de democracia directa, salvo en pequeñas unidades como son las propiamente las del ámbito genuinamente local.

Por consiguiente, la democracia constituye un elemento muy importante del Estado de Derecho, es decir, Estado Democrático de Derecho. Bockenforde nos llama la atención

⁵⁰ P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993. p. 21.

⁵¹ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo”, São Paulo, Saraiva, 2009.

para esa importancia al decir “[...] en esencia la democracia significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma de sus propios asuntos”⁵². Así pues, el Estado democrático no “decide nada que se contraponga al pueblo, revestido de alguna autoridad propia frente a él, sino que es el propio pueblo, los ciudadanos, los que han de decidirse”⁵³.

Ahora bien, el mismo autor apunta las razones para esta concepción. Una de ellas es la razón de la tradición histórica que ocupa un lugar preponderante. Si recordamos a los atenienses en la época clásica ejercían la democracia de acuerdo con su tradición en la que todas las decisiones eran tomadas por la asamblea del pueblo, formada por todos los ciudadanos de pleno derecho. El dominio político estaba siempre en las manos del pueblo.⁵⁴

Otra razón, que también merece ser recordada, es la que expuso Rousseau, uno de los padres de la democracia moderna. Para este autor, la soberanía no se transmite, no se vende y no se presta, es siempre ejercida por los sujetos de derecho, los ciudadanos.⁵⁵

A partir de aquí surge la legitimación perfecta del Estado Democrático de Derecho en la que siempre el poder mayor está en las manos de los ciudadanos y por ellos será ejercido. Bockenforde señala que:

[...] la democracia indirecta o representativa solo se justifica a base de argumentos puramente técnicos o, de hecho: porque es inevitable dadas la amplitud del territorio de las comunidades políticas modernas y la elevada cifra de su población. Pero en este sentido, y en relación con la idea misma de la democracia, aparece como una forma inferior, (...) que no puede ocultar su déficit de verdadera democracia.⁵⁶

⁵² E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 133.

⁵³ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 133.

⁵⁴ De nuevo remitimos a la libertad de los modernos, citada anteriormente, indicando exactamente que la “libertad de los antiguos” es exactamente la de los atenienses, en el discurso de Constant; libertad colectiva y de participación, en nombre y defensa de la ciudad, cuya máxima expresión puede encontrarse en el discurso de la “Oración fúnebre de Pericles” incluida en el Libro II de “La guerra del Peloponeso” de Tucídides. Pero tales libertades colectivas quedaban extramuros de la libertad individual que es con toda claridad, la aportación capital de la “libertad de los modernos”.

⁵⁵ Naturalmente se menciona pero no se estudia ya que el autor no puede ser obviado. J. J. Rousseau, “El Contrato Social”, Valladolid, Maxtor, 2008; “Origen de la desigualdad entre los hombres”. Río Piedras: Editorial EDIL, 2002.

⁵⁶ E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000. p. 136.

No obstante, el intento o la mera pretensión de extender en sociedades amplias la idea de democracia directa, puede acabar fácilmente falseando la propia existencia de la misma en el seno de la sociedad a la que

En ese sentido, los movimientos a favor de la democracia se expandieron por el mundo y la participación de los individuos en estos movimientos siempre vino desde abajo. Es en ese contexto que los movimientos brasileños participaron activamente desde 1980 en la construcción e inclusión de los derechos de los ciudadanos, incluso el derecho a la vivienda, en la Constitución de 1988 y, a partir de ese momento, tenemos la lucha por el cumplimiento del conjunto legislativo sobre los derechos individuales y sociales, específicamente el derecho a la vivienda. Es decir, el núcleo de toda la lucha es la idea de democracia directa o por lo menos en los espacios representativos que nuestra Constitución garantiza, llamado el principio de la participación social. Tema de nuestro segundo y tercer capítulo. Dicho sea con las advertencias realizadas en la última nota a pie de página.

pretenda tratar como una comunidad. Y es que los frutos de la democracia representativa, aún discutidos especialmente por la existencia y aplicación de la “ley de hierro” de los partidos políticos, difícilmente tiene sustitución en grandes dimensiones. Lo que tendremos que corregir en tales espacios amplios es la existencia de la dictadura de tales partidos políticos y la invasión que hacen de todos los rincones de la vida social, económica e incluso, personal. Al mismo tiempo, cabe potenciar, si es posible, tal democracia directa en los ámbitos no societarios, sino comunitarios, en los que el conocimiento recíproco es posible, si bien, naturalmente, limitando la competencia de tal comunidad al ámbito doméstico que le es propio. De otro lado, tampoco los medios tecnológicos propios de la sociedad de la información, pueden sustituir fácilmente a la democracia representativa. Aún más, en muchas ocasiones, falsean dicha democracia. Pueden utilizarse en ámbitos concretos, más propios normalmente del derecho privado (derecho de sociedades por ejemplo) que al fin y al cabo operan sociológicamente como comunidades. Pero insistimos, hay que limitar esta democracia directa a lo que es propio, y mantener la democracia representativa, corrigiendo los múltiples defectos que tiene. *Vid.* sobre el particular, Baroness Kennedy of the Shaws, Lady Helena Kennedy, *Power Inquiry: ‘Choice is the word of our time’* (2006). The inquiry – an £800,000 investigation funded by the Joseph Rowntree Trust – has spent 18 months talking to voters about why they are so disengaged from politics. “We went into it thinking that people were apathetic, bored, comfortable – but it’s politicians who tell you all that. When you talk to ordinary people and go up to community halls they all say it is nothing to do with being uninterested in politics – it’s that they feel they are not being listened to.” According to the voters, there is too little to choose from between the political parties. “You’re getting a hollowing-out of democracy – there are just guys in different suits, or even the same suits but slightly different faces,” says Lady Kennedy (“The Telegraph” 27 Feb 2006).

Ciertamente se trata de una interesante aportación, si bien, demasiado volcada en una creencia ilimitada en el interés de la gente en la cosa pública, al modo ateniense, lo cual, funciona bien, hay que insistir, en comunidades con intereses concretos, pero difícilmente en sociedades. A nuestro juicio, el mayor acierto de la Sra. Kennedy, consiste en proposiciones concretas que eliminan el consenso basado en la corrección política como fórmula habitual de esconder los problemas y las soluciones. Naturalmente bien explicadas a las personas, en la sociedad, nunca sin justificación suficiente y sin acercamiento, lo mayor posible, a todos los ciudadanos. Aunque, también, hay que decir que, utilizando una vieja frase, no es lo mismo la opinión pública que la opinión publicada, máxime con el poder hoy de las redes sociales y la televisión, que pueden reducir a cenizas cualquier intento de discrepancia con lo políticamente correcto, que es lo que realmente domina en la sociedad y en consecuencia implica que no es tan fácil culpar solamente a la clase política cuando la propia sociedad está impidiendo muchas veces la alternativa basada en datos, hechos y números, que suele ser antipática pero que tiene bastante de realidad y lamentablemente de convertirse en profecía ya que la realidad acaba siempre imponiéndose, digan lo que digan las opiniones hechas públicas, hoy al alcance de cualquiera. Difícilmente es compatible con la democracia un falseamiento de los datos, como sucede casi siempre en la explicación de las cuestiones que afectan a los intereses generales. Comenzar pues con los datos, hechos, realidades y números, por contrarios que parezcan, debe ser un comienzo de una democracia basada en ofertas reales, no en “realities”. En todo caso, y para un debate moderno, la posición de la Baroness Kennedy of the Shaws, puede ser un buen comienzo. Su obra principal a examinar sería “Just Law: The Changing Face of Justice – And Why it Matters to Us All”, Vintage 2005, Random House.

En términos de control jurídico, en el Estado de Derecho moderno, tenemos una gran conquista, cuando se recuerda su relación con el Estado antiguo en el que no había cualquier control jurídico, es decir, no era Estado de Derecho, sino un Estado sometido a las creencias religiosas y a las exigencias morales.

El Estado de Derecho está marcado por el control del poder y de las actividades administrativas que pasan a ser orientados por la ley positivada. Es decir, la ley marca la centralidad del Estado de Derecho. Díaz nos llama la atención al decir que:

[...] el punto inicial parece que puede precisamente situarse, como decimos, en el control de carácter jurídico, en el control que el Derecho puede ejercer sobre el poder y la actividad del Estado. Antes del control jurídico no hay Estado de Derecho, sino Estados más o menos absolutos; las limitaciones de carácter religioso, ético o iusnaturalista son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho. Este sólo surge con los controles y regulaciones marcados al Estado por la ley positiva.⁵⁷

Nuestra intención, al recordar aspectos del Estado Liberal, es como bien reconoce Díaz “Estado liberal de Derecho, es decir, expresión jurídica de la democracia liberal”⁵⁸. El Estado Liberal se constituye en uno de los modelos más fuertes de la historia del mundo y va a interferir directamente en la posibilidad de que los derechos fundamentales sean incorporados en las Constituciones modernas y, a partir de este momento, las cuestiones acerca de los derechos sociales y su posible concreción.

Como el Estado Liberal es la puerta de entrada para la forma del Estado de Derecho, sus rasgos más significantes y, sobre todo, sus crisis marcarán la caracterización del Estado Social de Derecho.

En síntesis, con relación a los Estados absolutos, podemos decir que, desde un punto de vista formal, llegan hasta la Revolución Francesa. La Carta Magna de 1215, un texto legal del tiempo medieval, es un otorgamiento de los soberanos unilateral de la voluntad del monarca sin cualquier participación del pueblo.

⁵⁷ E. Díaz, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, 4ª ed., Bogotá, Taurus, 2010. p. 32.

⁵⁸ E. Díaz, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, 4ª ed., Bogotá, Taurus, 2010. p. 33.

De modo que, desde un punto de vista de institucionalización de derechos, en los siglos XIX y XX, las constituciones jurídicas van a recibir las declaraciones de derechos que hasta aquel momento no contaban con ninguna fuerza normativa.

En este momento tenemos un desplazamiento de la soberanía ocupado por la población que pasa a ser soberana. Se puede decir, incluso, que tenemos la formalización del sistema liberal en términos del Estado de Derecho. Así pues, el Estado de Derecho, en Europa, es un proceso que se inicia en el siglo XIX con los ideales políticos de la revolución francesa de 1789 y con la declaración de los derechos de los hombres que surgió en un contexto francés instituido por los representantes del pueblo en asamblea nacional.

La revolución francesa marca el fin del absolutismo y el inicio de la instauración del régimen liberal con el paso de una sociedad estamental a una sociedad de clase y así, jurídicamente, tenemos lo que se consagró como Estado de Derecho.

Veamos, por ejemplo, el artículo 16 de la Declaración francesa a la sociedad que asegura, jurídicamente, la garantía de derechos y el principio de la separación del poder. Tenemos como resultado lo que se pactó como el Estado Constitucional.

Lo que caracteriza el Estado Constitucional es la condición efectiva de garantizar los derechos de las personas y la concreción de estos principios. Esto es la condición *sine qua non* para que se llame Estado de Derecho Constitucional. El otro punto que la Carta francesa señala, de gran importancia, es la primacía de la ley. Esta prerrogativa consolida los principios de la soberanía popular, de la separación del poder y de la garantía de los derechos de los hombres. Este es el contenido básico del Estado de Derecho.

Cuando se tiene una ley que no pasa por la voluntad general no se puede decir que se tenga el “imperio de la ley” sino el imperio del dictador, o sea, el imperio de la voluntad absoluta, por ejemplo, el imperio del ejecutivo despótico, no la voluntad general.

No obstante, el modelo liberal por su compromiso cristalizado con el capitalismo no fue capaz de cumplir la promesa de la “voluntad de la ley” como expresión de la voluntad general sino como voluntad de la burguesía. En otras palabras, el Estado Social de Derecho se propone dar forma a un cierto tipo de Estado Democrático. Sin embargo, no podemos dejar de reconocer que el Estado liberal fue responsable del primer paso del Estado de Derecho. El Estado de Derecho es, al final, la garantía jurídica de derechos y libertades. Así pues, la existencia del Estado de Derecho puede ser caracterizada por el reconocimiento del derecho y por la ausencia de concreción de los derechos “declarados”.

Está claro que hay una conexión entre la sociedad democrática y el Estado de Derecho, aunque el fascismo negó esa realidad en su esencia porque los elementos de la conexión son el Estado como organismo ético que el fascismo no reconoció. Fascismo, en ese sentido, entendido como capitalismo cualificado, en el que la pérdida del individualismo es sustituida por el autoritarismo, en el que el imperio del Estado pertenece a la burguesía que está amparada por la estructura del Estado. Igualmente, el experimento comunista, con toda su apología teórica de la clase obrera, acabó en fórmulas oligárquicas solamente mantenidas por la represión y que saltaron pronto con la caída del Muro de Berlín en 1989. Y allí, donde continuaban, o bien se produce un falseamiento tal que produce el mayor número de multimillonarios en el mundo, caso de China, o bien una represión que llega a convertir grotescamente a los ciudadanos en maniqués del poder, caso de Corea del Norte. Finalmente, la advertencia contra los populismos, cuya máxima expresión puede encontrarse hoy en Venezuela, país cercano a Brasil geográficamente pero cuyas ¿soluciones? para nuestro país continente nos llevaría directamente a la miseria, inclusive por debajo de los niveles de pobreza que soportamos en Brasil.

En síntesis, desde Locke y Montesquieu que completaron el cuadro del Estado de Derecho, mediante el reconocimiento del elemento material, los derechos innatos (vida, propiedad y libertad) y la garantía de la separación de los poderes, hasta Lucas Verdú (1975), José Afonso da Silva (1976), Paulo Bonavides (1982), Díaz (2010), Marcelo Novelino (2013), entre otros, presentan nuevos desafíos al estado.

La novedad es que el Estado Democrático de Derecho señala una cierta desconfianza en la manera como se construyó el Derecho. Es decir, hace una crítica a la legitimidad legislativa, por ejemplo, en términos de participación práctica. O sea, en el caso de que haya una pérdida de la legitimidad no tenemos el Estado Democrático de Derecho.

Para Lucas Verdú (1975) el Estado de Derecho Liberal alcanza su plena vigencia cuando la sociedad confirma el triunfo de la burguesía en el Poder. El concepto de derecho, como principio realizador de la convivencia humana, marco de la sociedad, se fundamenta en determinados valores culturales que van a dar sustentabilidad al Estado de Derecho porque sensibiliza al Estado con valores culturales. El mismo autor entiende que el Estado Fascista también puede ser de Derecho porque apoya los valores tradicionales de su tiempo, por ejemplo, los valores religiosos. No podemos dejar de reconocer que el Estado de Derecho requiere el reconocimiento de la garantía de derecho como un sistema de valores humanos y políticos escritos por la comunidad.

Ahora bien, el Estado liberal de Derecho, para Verdú, solamente alcanza vigencia cuando la sociedad lo legitima:

[...] esto ocurre con el triunfo político de la burguesía. Bastarán unos profundos cambios sociales, para que aquella afirmación carezca de bases sólidas y sea sustituida por otra nueva. Ahora bien: si admitimos que en la realidad social se han registrado esos cambios ¿cómo es posible que todavía se siga creyendo en el Estado de Derecho?⁵⁹

La pregunta del autor es muy importante porque para ser de derecho necesita la confirmación de la sociedad porque el Derecho tiene como principio básico la realización de la convivencia humana y está sometido, para realizar sus funciones, a la conformación de la sociedad.

Al recordar el concepto de Derecho, el autor señala: “principio realizador de la convivencia humana en el marco de la sociedad [...] determinados valores culturales es eso

⁵⁹ P. Lucas Verdú, “La lucha por el Estado de Derecho”, Bolonia, Real Colegio de España, 1975. p. 17.

que va a dar sustentabilidad al Estado de Derecho porque pone el Estado de Derecho al servicio de esos valores”⁶⁰.

En síntesis, Estado de Derecho, sea cual sea el modelo, Liberal, Social o Democrático requiere siempre la garantía de un sistema de valores humanos y políticos aceptados por la sociedad. Verdú concluye que el Estado de Derecho está concebido para una situación económica próxima del sentido de la paz. Es decir, en la previsión del autor el Estado de Derecho llegará a la paz social. El autor materializa esa idea al visualizar un Estado de Derecho que, desde su surgimiento, sea para todos los ciudadanos, todas las clases sociales y toda la sociedad. Es decir, no es posible que el Estado de Derecho solamente sea de una clase, como fue la experiencia del Liberalismo en la que la burguesía se convierte en una figura prioritaria en términos de Derechos.

Pues bien, el desafío para el Estado de Derecho es cambiar la etiqueta, cuando no está cumpliendo más sus promesas. De la crisis de la etiqueta liberal surge la etiqueta social y, a su vez, de la crisis de la etiqueta social surge la Democracia.

1.2 Fundamentos y principios de la democracia

La Democracia está reconocida globalmente como el tipo de Estado más aceptado de nuestra actualidad y tiene como principios básicos la supremacía de la ley, el reconocimiento de derechos y la efectividad de los mismos a través de la participación ciudadana. Desde el punto de vista conceptual, Posner, en una fantástica lectura de John Dewey, hace una reflexión muy importante sobre la Democracia y su relación con el Derecho.

Para llegar a los conceptos de la democracia participativa y de la democracia deliberativa, Posner habla de una idea de democracia epistémica que, según el autor, va a llevar al concepto de Democracia Deliberativa. Dewey (citado en Posner) afirma que los dos significados más importantes de Democracia son la democracia epistémica y la democracia política. En la epistémica:

⁶⁰ P. Lucas Verdú, “La lucha por el Estado de Derecho”, Bolonia, Real Colegio de España, 1975. p. 17.

[...] a ideia de que as melhores formas de investigação e tomada de decisão, em geral, não apenas investigação e tomada de decisão política, são democráticas em sua natureza, e democracia política, um sistema de governança política cuja característica definidora nos tempos modernos é da que todos os legisladores, bem como o chefe do ramo executivo do governo (mesmo se ele não for um legislador, como normalmente será uma democracia parlamentar), são eleitos por voto popular para mandatos limitados.⁶¹

El planeamiento epistémico, según Dewey, reconoce que es epistémico en el sentido de enfatizar la comunidad con relación a los individuos. Posner señala que el conocimiento no es una aplicación mecánica de los procedimientos, sino la presión de las demandas sociales, el embate entre la duda y el hábito requiere formación, entrenamientos, incluso intuición e imaginación. De esa forma nadie consigue desvirtuar la verdad sobre las cosas.

Posner, que trata de hacer una conexión entre conocimiento y política, argumenta:

A democracia para Dewey é uma forma de organização política porque é a modelagem política apropriada de uma forma mais geral de interação humana que tem ao mesmo tempo vantagens epistemológicas e valorativas e que encontra sua melhor realização numa comunidade científica livre dedicada à pesquisa experimental. Como tal, uma comunidade de pesquisa esta tentando inventar teorias que nos permitiram lidar com nosso ambiente de uma forma satisfatória, então uma boa sociedade humana seria um tipo de comunidade experimental dedicada a tentar descobrir modos satisfatórios e proveitosos de viver.⁶²

La lectura del autor sobre el recogimiento democrático de la verdad apunta para dos importantes presupuestos de nuestro estudio. Uno que indica la idea de que la democracia no tiene una técnica de producción que lleva siempre a la decisión correcta. Es decir, hay una decisión correcta por la observación y acatamiento de la técnica pero sin garantizar el resultado. Otra que las decisiones democráticas, colectivas, son la voluntad general del pueblo, en la que la ley ocupa el espacio de delimitación procedimental (presupuestos del proceso utilizado) y al mismo tiempo el valor colectivo en el sentido de que la ley es la presión de la voluntad general.

⁶¹ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 77.

⁶² R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 81.

A través de Kelsen y Protágoras, Posner nos lleva a la idea de democracia como un proyecto que es el fruto negativo de la refutación del platonismo y que, al contrario de Kelsen y Protágoras, Dewey fue más allá cuando defendió la democracia política en sus bases negativas y positivas. Es decir, la democracia política era una cosa buena y al mismo tiempo negativa. Así, Posner trató de encontrar una perfecta conexión entre lo que llamó Democracia epistémica y Democracia política y, al mismo tiempo, trató de utilizar la democracia epistémica para perturbar la defensa del gobierno autoritario, por ejemplo.

Esta conexión fue reconocida como “Democracia Deliberativa” que es:

*[...] a democracia política concebida não como um choque de desejos e interesses ou como um agregado de preferências (a concepção benthamita de democracia) ou como uma mera supervisão de funcionários públicos, eleitos ou não, que são os verdadeiros governantes (concepção de democracia de Schumpeter). Nenhuma dessas concepções seria epistemologicamente robusta. [...] A democracia deliberativa, em oposição, é democracia política concebida como a centralização de diferentes idéias e abordagens e a seleção do melhor por meio de debate e discussão.*⁶³

Aunque el problema de la discusión para llegar a una decisión democrática sería para Posner, basado en Sócrates, la administración de los conflictos entre las personas que no pueden superar sus diferencias por el proceso del debate. En un nivel político, cuando se llega a un conflicto de proyecto personal, por ejemplo, tenemos una debilidad de la democracia representativa que, en contraste con la democracia directa, especialmente en su manera de resolver conflictos, puede desconectar la política de la mayoría de las personas. Siempre, insistimos, dentro de ámbitos donde pueda efectivamente practicarse tal democracia directa, necesariamente limitados espacial y numéricamente.

Los dos conceptos de Democracia deliberativa y representativa son estudiados por Posner de una manera muy importante y que van a profundizar los dos principios democráticos elegidos en este trabajo: la supremacía de la ley y el reconocimiento de los derechos sociales, específicamente la vivienda, en el contexto constitucional brasileño. Tema de nuestro segundo capítulo.

⁶³ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 77.

El concepto de Democracia directa para Posner parte del principio de que toda y cualquier persona que no sea incapaz tiene el mismo derecho de participación en la gobernación de la sociedad. Sin embargo, tiene que interesarse por el tema público que será debatido; discutir cuestiones políticas con otros ciudadanos; difundir sus opiniones y sus propios actos políticos honestamente basados en la correcta deliberación y, sobre todo, que el tema sea de interés público.

Posner presenta la idea de que:

*[...] numa democracia bem ordenada, o debate político é organizado em torno de concepções alternativas do bem publico. Assim sendo, um esquema pluralista ideal, no qual a política democrática consiste em barganhas justas entre grupos, cada qual perseguindo seu interesse particular ou seccional, é inadequada a uma sociedade justa. Quando adequadamente conduzida, então, a política democrática envolve a deliberação pública focada no bem comum.*⁶⁴

En una pequeña síntesis el autor indica que “la democracia deliberativa ‘da al argumento moral un lugar preeminente en el proceso político’⁶⁵ y el mismo proceso exige que los ciudadanos deseosos de modificar concepciones para el bien común hagan sugerencias que deben ser discutidas por otras personas. Los ciudadanos, de esta forma, estarían comprometiéndose con las funciones del bien común.

La Democracia representativa, al contrario de la democracia directa, en lugar de considerar los intereses públicos en una proporción superior a los intereses privados considera la política como auxiliar y no suprema, en consonancia con la democracia directa, en la que lo público ocupa el lugar central. Es decir, el interés público es superior al interés privado. Aunque, lo cierto es que los debates públicos, democracia directa, llevan al cambio de opiniones y, en consecuencia, también de conceptos.⁶⁶

⁶⁴ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 102.

⁶⁵ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 111.

⁶⁶ Sobre el tema, todo el debate filosófico que pasa por la experiencia democrática de Atenas, Europa y América ver R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

La Democracia, sea directa o representativa, es legitimadora del poder que reafirma la idea de que el poder político emana del conjunto de personas envueltas en el debate, o sea, la población. Según Hoffe:

*Graças à identidade entre autor e destinatário, poder-se-ia dizer que a obrigação se suprime enquanto tal, de modo que a alma da democracia deveria ser entendida, no dizer de Platão (A república, 558c), como livre (ânarkhos), enquanto liberdade de poder, ao contrario de Platão, como positiva. Os poderes públicos, todavia, permanecem; não existe liberdade de poder, mas um poder auto-outorgado, voluntário.*⁶⁷

Sin embargo, según el mismo autor, los poderes públicos dependen del consentimiento de la población por eso la Democracia sirve a la población. La democracia es la que limita el margen deliberativo de todo el poder estatal, inclusive el de la mayoría democrática. Así, la democracia fundamental es llamada por el autor legitimadora del poder y la democracia total no solo es legitimadora, sino organizadora del poder.

No obstante,

*[...] a democracia fundamental (legitimatória) contradiz a democracia total (organizatória), que não se submete, previamente, a princípios de direitos humanos, mas que pretende admitir decisões majoritárias para tudo, até mesmo para os direitos humanos. Com certeza, não se pode por a democracia fundamental em um mesmo patamar que a democracia meramente liberal, reduzida aos direitos de liberdade negativos. Consoante o terceiro princípio de justiça, daí fazem parte, essencialmente, direitos de liberdade positivos. [...] Caso o poder não pode ser exercido pelo próprio povo, faz-se mister executá-lo, no mínimo, ‘em nome do povo’ e ‘em prol do povo’.*⁶⁸

Desde el punto de vista de la ejecución del poder, Hoffe reconoce que la justicia es el principio realizador de los derechos e imperativo universal de una democracia ejecutora del poder.

Também a democracia executora de poder não vale como senhora do nómos; por exemplo, ocupantes de cargos públicos, para que se atenham ao âmbito delineado pelo nómos, são normalmente intimados a prestar contas sobre seus atos, sendo, além disso, fiscalizados por ocupantes de outros cargos. A democracia ganha, aqui, um significado de garantidora de direitos; também a sua fundamentação tem

⁶⁷ O. Hoffe, “A Democracia no mundo de hoje”, Trad.: Tito Lívio Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005. p. 121.

⁶⁸ O. Hoffe, “A Democracia no mundo de hoje”, Trad.: Tito Lívio Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005. p. 121.

*validade intercultural. [...] a democracia garantidora de direitos transforma-se no Estado de direito constitucional.*⁶⁹

La democracia, recordemos, tiene sus fundamentos doctrinales, al final de los siglos XVII y a lo largo del siglo XVIII, con las manifestaciones revolucionarias y con las concepciones basadas en la libertad y en la igualdad como fundamento que alimenta el nuevo modelo desde un punto de vista valorativo y, por eso, la supremacía de la ley ocupa el espacio de su seguridad jurídica y los derechos garantizan la idea de dignidad de las personas, propietarias del poder constituyente y destinatarias de derechos básicos personales.

Eduardo García de Enterría, al citar a Locke, afirma que “La libertad del hombre en sociedad está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el constituyente de la comunidad”⁷⁰. Lo que quiere decir es que el valor de la libertad está limitado al consentimiento de la comunidad, por lo tanto, es un derecho individual, sin embargo, está condicionado a la comunidad y protegido por ley y esta ley es entendida como resultado del poder comunitario.

En términos conceptuales, García de Enterría, al citar a Rousseau, afirma que

[...] la ley que propone Rousseau no es el *jussum* de cualquier imperante; es la decisión del pueblo, con un término que hará gran fortuna, la voluntad general, la cual ha de pronunciarse únicamente sobre las cuestiones generales o comunes a todos, mediante reglas igualmente generales. Así, en sus propias palabras, ‘la ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto’ [...] Es sólo a la ley a quien los hombres deben la justicia y a la libertad. Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres.⁷¹

Podemos concluir que la mística entre la ley surgida de la libertad como instrumento de gobierno en su tarea de administrar el Estado es y será siempre el fundamento del Estado y de la Democracia y por eso instala, en su esencia, el poder democrático que tiene como

⁶⁹ O. Hoffe, “A Democracia no mundo de hoje”, Trad.: Tito Lívio Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005. p. 127/128.

⁷⁰ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 113.

⁷¹ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 113.

principio fundamental constituir la voluntad general y, al mismo tiempo, propicia esta manera de creación de la ley que siempre proporciona la restitución de la libertad de los hombres.

Está reconocido en la propia Declaración de los Derechos de los Hombres de 1789 cuando en su artículo 4º determina que el objeto de la ley, la libertad, “consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; de este modo el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”⁷².

García de Enterría, al leer la Declaración de los derechos de los Hombres de 1789, nos enseña que:

La función de la ley, fruto de la voluntad general, según las exigencias del art. 6º. , es pues, articular las libertades de todos entre sí. La sociedad perfecta que se busca está en un sistema de derechos coexistiendo entre todos ellos; éste será, justamente, el reino de la libertad, que exige que la ley puntualice y articule los límites recíprocos entre las libertades de cada uno, la idea de que no hay libertad sin ley es, así, central. Pero la construcción jurídica que la Declaración pretende no concluye ahí. La ley así considerada es el único título para poder exigir obediencia a los ciudadanos. Lo que precisa el art. 5º. ‘Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que la ley no ordena’. En el art. 7º se concreta que nadie puede ser intimado a obedecer sino ‘en nombre de la ley’, fuera de lo cual cualquier orden será arbitraria. Este principio impone una legalización completa de los poderes Ejecutivo y Judicial, que puedan así configurados como ejecutores de la ley.⁷³

Así, la ley llegó a ser un instrumento importante de las órdenes jurídicas del Estado con un cambio muy grande y perceptible en nuestra historia del principio de la supremacía de la ley. Es posible entender la importancia de la seguridad jurídica pauta en su esencia en el cumplimiento de la ley, lo que obliga a los poderes ejecutivos, legislativos y judiciales a su cumplimiento, asimismo, a los ciudadanos. En otras palabras, es el imperio de la ley. Lo que en términos democráticos fue, históricamente, conservada su esencia en todos los momentos de avances y retrocesos de la democracia.

⁷² E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 115.

⁷³ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 116.

El profesor García de Enterría añade que “la vida quedó sometida a una regulación cerrada y sistemática, capaz de ofrecer respuestas, al menos en principio, a todos los casos que puedan plantearse en las relaciones colectivas, salvo aquellos que al no ser objeto de previsiones legislativas, quedan entregados al libre desarrollo [...], regidos por el principio de autonomía de la voluntad”⁷⁴.

A partir de ese momento es posible hablar de un nuevo Derecho porque las transformaciones fueron tan grandes que, de hecho, sustituyó el modelo antiguo de Derecho. Sobre la esencia del nuevo Derecho, García de Enterría dice:

El nuevo Derecho ya no es un añadido más a ese complejo normativo existente; es, primordialmente, totalmente abrogatorio del Derecho existente, opera un vaciado total del Derecho vigente en una sociedad nuevo determinada para sustituirlo por otro entendimiento nuevo construido y articulado como un aparato racional sistemático completo, que pretende encerrar en sus ordenadas cuadrículas la totalidad de la vida social, aunque remita una buena parte de ella a la libertad.⁷⁵

La idea predominante entre los teóricos es que la Democracia es fruto de una nueva organización de la sociedad que encuentra en la ley el soporte firme y duradero de la nueva construcción. Lo que puede ser sintetizado, según Enterría, así: “La democracia encuentra su expresión en la ley, obra de la voluntad general y ordenada a la articulación recíproca de los derechos de todos los ciudadanos entre sí”⁷⁶. Lo que nos permite concluir con la afirmación del mismo autor “La idea democrática se verá desde entonces como indisoluble de la ley y más acentuadamente cada vez a medida que la democracia se perfeccione y, finalmente, termine por desplazar al mismo principio monárquico con el que coexistió inicialmente”⁷⁷.

Sin embargo, esta construcción no se hizo, ni se aceptó, automáticamente, por los Estados. La propia historia señala una fase de dualismo y así lo señala García de Enterría:

⁷⁴ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 118.

⁷⁵ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 118.

⁷⁶ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 119.

⁷⁷ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 119/120.

Para las monarquías restauradas la ‘libertad de los modernos’ no afecta de manera sustancial a su propia preeminencia, a la vez que permite desarrollarse el nuevo dinamismo social y económico que dicha libertad puerta en su seno. Como se quedó indicado, se formaron así los regímenes dualistas, que intentan articular los principios monárquico y democrático y que perduraran hasta 1918 —en España, hasta 1931.⁷⁸

La centralidad de la ley siempre fue afectada por la dualidad. Es decir, “todo el Derecho debe encerrarse en leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la ley la solución debida, fuera de la ley no hay criterio jurídicamente válido”⁷⁹. Lo que, en términos históricos, en Europa, la centralidad de la ley fue concluida a lo largo del siglo XIX.

José Eugenio Soriano García, al hablar sobre la Democracia, el Estado de Derecho y el Poder Judicial, específicamente sobre la importancia del equilibrio, en lo que se refiere a la afirmación de la democracia, afirma que:

La idea de retroalimentación y equilibrio, fundada exacta y resueltamente en el juego mutuo de poderes y realizada con la finalidad precisa de establecer límites fieles de cada uno de los Poderes clásicos en que se establece la división de los mismos, la que permite lograr que Democracia y Estado de Derecho vayan de la mano, sean uno mismo al servicio del ciudadano y que la sociedad tenga garantía de su continuidad basada en la libertad y en la seguridad jurídica.⁸⁰

Según Soriano García, la Democracia sufre una interferencia cuando hay una crisis entre los poderes, cuando esta crisis ofende la supremacía de la ley, por ejemplo, afecta la realización efectiva del Estado y esto se transforma en un desafío a la propia democracia.

Además de esto, Otfried Hoffe hace una importante reflexión⁸¹. Otro aspecto, incluso en el mismo estudio que es importante recordar, aunque no tenemos la intención de

⁷⁸ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 122.

⁷⁹ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 122.

⁸⁰ J. E. Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 23.

⁸¹ O. Hoffe, “A Democracia no Mundo de Hoje”, Trad. Tito Livio Cruz Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005. El autor se dedica en su investigación a la globalización y al papel de los Estados Nacionales. Una de las cuestiones es sobre la división del Poder y la Democracia es sobre la importancia de la división de los poderes, con fundamento en Locke, Montesquieu y Platón, para la concretización del principio de la justicia como realizador de los Derechos. Sobre la Democracia, el autor apunta para el debate acerca del pueblo y observa su importante papel en la legitimación del sistema democrático.

profundizar, es la importancia conceptual del pueblo para la efectiva sobrevivencia de la Democracia en el sentido de que la Democracia legitima los poderes del Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

Soriano García nos llama la atención en este sentido:

[...] el Parlamento, esencialmente, el que realiza la determinación de la atribución de derechos y deberes en la sociedad y en las organizaciones públicas, estando sujetos a dicha asignación tanto el Ejecutivo como el Judicial, ninguno de los cuales puede organizar frente a la Ley su propia concreción de intereses ni de poderes. Democracia y Estado de Derecho conjugado así perfectamente en la aplicación judicial al servicio del ciudadano.⁸²

La crisis de la Ley y, en consecuencia, de la Democracia se efectiva, por ejemplo, cuando la lógica jurídica es sometida por la lógica económica y en este sentido dijo Soriano: “[...] la lógica jurídica cede ante la lógica económica o política, desvalorizando en gran medida, el papel del Derecho, que queda reducido así a una cobertura hueca y vacía de contenido, perfectamente sustituible en todo momento por cualquier alternativa política que se desee imponer”⁸³.

García de Enterría nos señala que:

Es verdad que la ley no es ya el único instrumento para la regulación social, pero la ley sigue siendo insustituible, porque sigue siendo verdad que es ella misma la expresión parlamentaria, y eso tiene un valor básico por sí solo. La democracia no admite, ya, otro sistema de regulación o, si se prefiere, las sociedades democráticas siguen siendo, y esto está en la esencia de su ideario, sociedades autorreguladas, que no admiten instancias externas, sean monarcas o poderes absolutos o ungidos por cualquier mito o por cualquier elección o jueces pretendidamente redentores o iluminados, autoinvertidos como representantes de cualquier ideología, doctrina o tradición histórica.⁸⁴

⁸² J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 24/25.

⁸³ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 29.

⁸⁴ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 126/127. El argumento viene muy a propósito de los nuevos e iluminados brotes de populismo, que descubriendo Mediterráneos, pretenden sustituir, tras descalificar la división de poderes tradicional, cualquier forma de Estado de Derecho que no responda a su “Estado de Intereses” que ellos, y sólo ellos, misteriosamente, son capaces de descubrir e interpretar. Ese iluminismo acaba siempre en fórmulas autocráticas en las que no puede haber conflicto de intereses porque todos responden a un “supremo” que mágicamente se encuentra depositado en la mente rectora del conductor del pueblo, que en forma asamblearia, acaba siempre conociendo cuál es la única y posible voluntad popular.

Sin embargo, García de Enterría nos indica que necesitamos “[...] una “interpretación uniforme para todo el pueblo, exigida por el básico principio de igualdad ante la ley. [...] La objetividad del Derecho, sin la cual no cumpliría ninguno de sus fines, descansa necesariamente sobre la objetividad en la interpretación de la ley, y hacerla posible viene a ser, justamente, uno de los primeros objetivos de la ciencia jurídica”⁸⁵.

García de Enterría, al hablar sobre la seguridad jurídica y sus valores, nos dice:

[...] los principios de seguridad jurídica y de certeza del Derecho, que aseguran la previsibilidad de las normas como ordenadores de las conductas, sin lo cual sería difícil hablar de una sociedad libre, como Constant notó por vez primera, llevan también a mantener la preeminencia de la ley en la sociedad democrática. [...] Esos valores, seguridad jurídica y certeza del Derecho, son así imprescindibles para la vida en sociedad y para la libertad. [...] De nuevo, el papel de la ley se revela central e insustituible en la sociedad democrática, por más que haya de convivir con la preeminencia de la Constitución y con el papel, ya no neutro sino activo, del Juez, pero siempre abocado al servicio de la Constitución y de la ley de sus valores propios.⁸⁶

García de Enterría responde a los que señalan que la crisis de la ley es un problema que afecta a la democracia y afirma que:

[...] la democracia necesita inexcusablemente de la ley que no puede abdicarse de la responsabilidad central de la ley, precisamente, (reanudando así su fundamento histórico moderno) en cuanto que la ley es el instrumento necesario de la libertad, tanto por su origen en la voluntad general como por su efectividad como pauta igual y común para todos los ciudadanos, a la que todos pueden invocar y en la que todos deben poder encontrar la justicia que la sociedad les debe.⁸⁷

Ligado siempre a crisis económicas, desde 2007, las fallas de la economía, unidas al conocimiento de la codicia intemperante de élites, políticas, financieras, hasta sindicales también, unido a la corrupción rampante, han traído como colación el resurgir de populismos que creíamos enterrados hace apenas unos años. Crisis que es caldo de cultivo también para el resurgir de movimientos nacionalistas de toda índole, que ensimismados endogámicamente en una supuesta superioridad sobre los demás, implican romper, en la fugacidad de unas elecciones o de un referéndum, la historia y el devenir normal de fórmulas bien establecidas y fundadas que habían venido resolviendo bastante eficazmente los problemas sociales. Es un enigma del poder, acertar y conocer cómo se acabará resolviendo lo que la crisis económica ha venido a destruir.

⁸⁵ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 127.

⁸⁶ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 127/128.

⁸⁷ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 131.

Por eso, todos están sometidos a la ley, incluso en el régimen democrático, en ese sentido:

[...] los gobernantes no son exactamente representantes del pueblo, si no sus agentes, en cuanto ellos mismos están sometidos a las leyes y no están exentos de su imperio. Donde el pueblo actúa su poder es en el Parlamento y la forma de ejercicio de ese poder es precisamente la ley; solo en ella queda impresa la voluntad popular. La distinción entre representantes y agentes es explícita en Locke e en Rousseau, como también en los textos revolucionarios, especialmente en la Constitución de 1791.⁸⁸

Tenemos, de esta forma, una vinculación histórica entre los poderes ejecutivo, judicial y parlamentario en el sentido de que todos están sometidos a la ley que es la voluntad de la población.

Asimismo, tenemos la confirmación de que, a partir de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento del derecho, se observa en el Estado Democrático de Derecho la presencia permanente del principio de la supremacía de la ley. El Estado, sea liberal, social o democrático, tiene como centralidad en su esencia la supremacía de la ley.

La cuestión de la Democracia ocupa buena parte de nuestro trabajo en el que se demuestra que, en términos de contribución, los derechos son reconocidos y albergados por las constituciones, sin embargo, tanto los derechos como la ley tienen una condición: la inclusión del ciudadano en su debate político, contribución y ejecución.

Con la reflexión de Posner (2010), podemos indicar por lo menos, en términos conceptuales, lo siguiente: el propio concepto, para el autor, indica que la democracia política solamente funciona cuando las personas aprenden a pensar las cuestiones políticas y, además, solamente las mentes inteligentes son capaces de pensar políticamente. De esa manera tenemos una Democracia de representantes. No obstante, el problema continúa porque, para Posner, la mayoría de las personas son apenas “mera sombra” del gobierno. Es decir, no deciden, sino que aceptan lo que las mentes inteligentes piensan.

⁸⁸ E. García de Enterría, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011. p. 133.

Sin embargo, lo que ocurre es que los representantes del pueblo intentan engañar a los ciudadanos para que estos acepten sus convicciones en los debates políticos. O sea, es una Democracia de tipo idealista defendida por demócratas liberales radicales que, en la práctica, no son democráticos en sus acciones. Este tipo de Democracia fue denominada por Posner del “tipo ideal”.

Los principios del interés público y de la participación de los ciudadanos son defendidos por los demócratas defensores de la Democracia representativa. Posner, en ese debate, presenta una cuestión: en la Democracia representativa (pragmática) la política ocupa un lugar de auxilio, así como también el interés público. Posner afirma: “[...] *veem a política como uma competição entre políticos que buscam o interesse próprio* [...]”⁸⁹ y por eso la política ocupa un lugar auxiliar y no de centralidad.

El problema, dice Posner, es que ⁹⁰“O realismo exige que prefiram a democracia representativa em vez da democracia direta. Mas o realismo ensina que representantes eleitos não podem se basear no interesse público para deliberar”. Lo que confirma la simulación de la idea de que la democracia es ideal, sin embargo, en la práctica lo que ocupa la centralidad de los debates políticos son los intereses personales.

Sobre la democracia que llama “populista” (directa) el autor dice:

*Esta é a visão de que o povo deveria governar, ponto final, isto é, sem reeducação ou tutela pelas elites, para capacita-lo a deliberar de uma forma bem informada e responsável. A democracia populista aceita as pessoas como elas são, com defeitos e tudo, e defende que, já que democracia significa governo do povo, o povo tem direito de governar. Os pragmatistas não ficam nem um pouco impressionados. Assim, como os populistas, eles aceitam as pessoas como são; tudo o mais seria irrealista. Mas não veem como a concessão de direitos entre em cena ou como ficaríamos melhor sem as limitações que as instituições da democracia representativa, ou nesse sentido as maquinações de grupos de interesses, impõem sobre o governo popular.*⁹¹

⁸⁹ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 111.

⁹⁰ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 119.

⁹¹ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 119.

Podemos decir que es una democracia dualista (Bruce Ackerman) “[...] *nos quais as pessoas pensam, debatem e votam como cidadãos*, [...]”⁹² pero lo que ocurre es que es una “[...] *política cotidiana de troca de favores e grupos de interesses* [...]” en la que los conflictos deben ser resueltos por el poder judicial.

El autor concluye:

Então temos o paradoxo culminante de que, na pratica e na tendência, a democracia deliberativa com frequência se torna antidemocrática. O teórico da democracia deliberativa prescreve condições de conhecimento, atenção e espírito público que as pessoas não podem entender ou não entenderão em sua vida política. Então fica tentado a desistir das pessoas e se submeter à norma por especialista, judiciais ou burocráticos, a quem considera capazes de deliberação.⁹³

El contexto teórico escogido para pensar el concepto y el contenido del Estado Democrático de Derecho bajo la luz de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento de derechos nos dirige al trabajo de Manuel García Pelayo sobre los modelos de Estados –liberal y social– que, sin ninguna duda, nos llevan al propio concepto de Estado de Derecho. El autor afirma:

Conviene comenzar por recordar que el Estado de Derecho es, en su formulación originaria, un concepto polémico orientado contra el Estado absolutista, es decir, contra el Estado poder y, especialmente, contra el Estado policía, que trataba de fomentar el desarrollo general del país y hacer la felicidad de sus súbditos a costas de incomodas intervenciones administrativas en la vida privada y que, como corresponde a un Estado burocrático no era incompatible con la sujeción de los funcionarios y de los jueces a la legalidad. El Estado de Derecho, en su prístino sentido, es un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho y cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por este, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido, pues [...] el Estado absolutista no excluía la legalidad [...] El Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el Derecho [...].⁹⁴

Elias Díaz, al hacer una crítica al modelo de Estado de Derecho Liberal burgués, recuerda evidentes cambios en el escenario de algunos Estados, como el ocurrido en Rusia, en 1917, y observa que:

⁹² R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 120.

⁹³ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 121.

⁹⁴ M. García Pelayo, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Madrid, Alianza Editorial, 1985. pag. 52.

El liberalismo clásico, con su fondo de individualismo burgués, constituye insuficiente garantía para esa realización y protección de los derechos y libertades de todos los hombres. [...] En efecto, en la ideología del Estado liberal y en el orden social burgués los *derechos culturales* o derechos humanos se identifican, sobre todo, con los derechos de la burguesía, derechos que solo de manera formal y parcial se conceden también a los individuos de las clases inferiores. En el sistema económico capitalista que sirve de base a esta orden social se protegen mucho más eficazmente la libertad y la seguridad jurídica (ambas, por otra parte, imprescindible) que la igualdad y la propiedad –se entiende la propiedad de todos.⁹⁵

El próximo modelo reconocido por el autor es el Estado Social de Derecho cuya esencia es la ampliación de la zona de aplicabilidad de los derechos, aunque sin alterar sustancialmente los supuestos básicos económicos. El Estado Social surge con el objetivo de superar el individualismo con la estrategia de una intervención del Estado en las relaciones privadas y en la atención a los derechos sociales, por ejemplo, educación, salud, entre otros.

Según el mismo autor:

Más allá de este, el proceso dinámico de democratización material y de garantía jurídico-formal de los derechos humanos, la más plena realidad de estos, es lo que, a su vez, justifica, en mi opinión, el paso del sistema neocapitalista del Estado social de Derecho al sistema flexiblemente socialista, del Estado democrático de Derecho.⁹⁶

Sin embargo, la expresión *social* que marca el modelo del Estado Social de Derecho significa el propósito de hacer una corrección del individualismo clásico liberal, por la afirmación de los derechos sociales y la consecuente realización de la justicia social. No obstante, este modelo no consigue superar sus propias insuficiencias, democratización económica y social, lo que proporciona el surgimiento de otro modelo, Estado Democrático de Derecho, que según Elías Díaz, es capaz de realizar la integración conciliadora de los valores de la libertad y de la igualdad. De esa manera, es dentro de este cuadro teórico que el próximo punto desea desvelar el importante significado de los principios de la *eficiencia pública* y de la *dignidad humana*.

⁹⁵ E. Díaz, “El Estado de Derecho y Sociedad Democrática”, Madrid, Taurus, 1996. p. 39

⁹⁶ E. Díaz, “El Estado de Derecho y Sociedad Democrática”, Madrid, Taurus, 1996. p. 40.

Al lado de los principios básicos de la supremacía de la ley y del reconocimiento del derecho en el contexto del Estado Democrático de Derecho, la eficiencia pública tiene como función la seguridad jurídica desde un punto de vista de la calidad del trabajo de la administración pública en su función de garantizar y proteger los derechos de la población, particularmente, el derecho social a la vivienda. Lo que, a nuestro juicio, requiere pensar en la importancia de otro principio fundamental de nuestra constitución que es la dignidad humana.

A nuestro juicio, una lectura interpretativa de la interacción del principio de la eficiencia pública y de la dignidad humana podrá indicar nuevas posibilidades de seguridad jurídica y de efectividad de los derechos sociales, es decir, a medida en que el trabajo del Estado se hace con mayor eficiencia y siempre guiado por la dignidad humana va a demostrar una clara conexión entre la razón principal del derecho y la función pública en el cumplimiento del mandamiento constitucional.

Lo que requiere, desde nuestro punto de vista, que sea necesario, en primer lugar, una revisión del principio de la legalidad para diferenciarla del contenido de la eficiencia pública, principio escogido para fundamentar y pensar nuestra hipótesis, que es la siguiente:

Cuando el Estado dé mayor atención a la observancia de la eficiencia pública y esta esté conectada a la dignidad humana el resultado tendrá un impacto positivo en la política de regularización del territorio urbano de los asentamientos irregulares en términos de la efectividad del derecho.

1.3 Eficiencia y legitimación social de la acción pública

Constitución, para la mayoría de los autores, es un conjunto de normas y principios que ocupa la centralidad del ordenamiento jurídico del estado, un documento que da poder constituyente y poder constituido y que puede modificarse por un proceso especial. Este estudio no tiene el objetivo de hacer un debate profundo sobre los conceptos y reglas, normas

y principios, por eso nos limitamos a la síntesis de José Afonso da Silva que señala que la palabra regla abarca más que la palabra norma⁹⁷.

La norma es por eso una especie de regla.⁹⁸ La palabra principio, en los términos del título I de la Constitución, tiene el sentido, para José Afonso da Silva, de “*mandamento nuclear de um sistema*”.

Para Gomes Canotilho y Vital Moreira, según José Afonso da Silva:

[...] *princípios fundamentais visam essencialmente a definir e caracterizar a coletividade política do Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais [...] são princípios constitucionais gerais informadores da ordem jurídica nacional. Decorrem de certas normas constitucionais e, não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais, como o princípio da supremacia da lei, o princípio da legalidade, [...] decorrente da declaração de direitos.*⁹⁹

Los principios básicos que orientan las acciones de la Administración Pública están previstos en la Carta Constitucional del país y, en el caso de Brasil, están garantizados en el artículo 37 de la Constitución Federal. El principio que vamos a tratar con más atención en este trabajo es el de la eficiencia. El principio de la eficiencia en la interpretación de Hely Lopes Meirelles “[...] *exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição*”¹⁰⁰. O sea, es obligación del administrador público, en la prestación de su servicio, ser eficiente y, según el mismo autor, es “[...] *função administrativa que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros*”¹⁰¹.

⁹⁷ J. Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014; L. J. Parejo Alfonso, “El reto de la eficaz gestión de lo público”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, n° 149, 1999, p. 3-23.

⁹⁸ Silva, en el debate sobre las reglas y principios hace un debate entre Canotilho y Ronald Dworkin donde el primeiro concepto de la regla “é uma espécie de norma” (p. 29) y para Dworkin “regra não tem sentido diverso do se dá à norma [...] regras jurídicas (normas jurídicas) não comportam exceções, são aplicáveis de modo completo” y los principios “*possuem uma dimensão de peso ou importância (valores), de modo que em caso de conflito de princípios levar-se-á em conta o peso entre eles. Ademais, conflito entre regras gera uma antinomia, de modo que uma exclui a outra. Já o conflito entre princípios não gera antinomia; ocorrendo, aplica-se o que se mostrar mais importante para o caso*” (p. 29).

⁹⁹ J. Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014. p. 30.

¹⁰⁰ H. Lopes Meirelles, “Direito Administrativo brasileiro”, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

¹⁰¹ H. Lopes Meirelles, “Direito Administrativo brasileiro”, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005. p. 96.

De los dos principios escogidos como fundamentos importantes para la efectividad de la política pública de la vivienda social, la dignidad humana (artículo 1º) está en el bloque de los principios relativos a la vida política y, el principio de la eficiencia pública (artículo 37) está en el conjunto de los principios que dan dirección a la actividad administrativa.

El principio de la eficiencia, históricamente, no existía, era una consecuencia de la observancia de la legalidad. La legalidad siempre estuvo en el núcleo de la función administrativa. En este sentido, es consensual entre la mayoría de los autores que la administración pública está sometida a la ley. Lo que quiere decir que en el Estado de Derecho la Administración Pública desarrolla su actividad bajo el imperio de la ley.

Otto Mayer apunta que “la ley está colocada por encima de todas las otras actividades del Estado, sin excepción. [...] La administración es la actividad del Estado [...] bajo su orden jurídico”¹⁰². O sea, el principio de la legalidad es la condición para el funcionamiento de la propia administración pública. En la misma dirección Díez María indica: “Se entiende, sin embargo, que esa actividad administrativa [...] debe desarrollarse siempre bajo el ordenamiento jurídico”¹⁰³. Para Celso Antonio Bandeira de Mello “*O principio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois, tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania*”¹⁰⁴, ya que su origen está directamente conectado al ejercicio de la ciudadanía.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández muestran de manera clara la razón de la supremacía de la ley y, en consecuencia, la importancia del principio de la legalidad para el ejercicio de la acción administrativa del Estado. Así, para definir el principio de la legalidad hacen, en primer lugar, la diferencia entre los estados y concluyen que “[...] no es, pues, que unos reconozcan y otros aborrezcan el ideal de un Estado de Derecho, sino lo que unos y otros entienden por Derecho. [...] Cuando se niega a un Estado su condición de

¹⁰² O. Mayer, “Derecho Administrativo Alemán”, Buenos Aires, Depalma, 1949. p. 73.

¹⁰³ M. María Díez, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963. p. 130.

¹⁰⁴ C. Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999. p. 59.

Estado de Derecho, se parte, obviamente, de una determinada concepción ideal del Derecho [...]»¹⁰⁵.

Sobre el concepto de Derecho los mismos autores afirman que, en el campo del Derecho Administrativo, tiene su propio origen en la Revolución Francesa como “una relación directa contra las técnicas de gobierno del absolutismo” que entendía que el derecho tenía la fuente, únicamente, en la persona subjetiva del Rey como representante de Dios y al mismo tiempo de la comunidad y, así, el rey tenía plena autoridad para dictar el Derecho a todos los ciudadanos. Idea que fue obstruida por la Revolución dando lugar a otras fuentes que justificarían el Derecho. Esta idea está justificada en el principio de la igualdad de los hombres, primeramente, y consecuentemente el reconocimiento de que el poder emana del pueblo y que, por lo tanto, de la ley (poder original) que autoriza a la autoridad a hacer o dejar de hacer alguna cosa. En resumen, tanto la legalidad, como la eficiencia pasan a tener su sustentación en el Derecho como fruto de la voluntad de la mayoría.

Teniendo en cuenta esta transformación, García de Enterría y Fernández, afirman que “todo el poder es de la ley, toda la autoridad que puede ejercitarse es de la propia ley. Solo en ‘nombre de la Ley’ puede imponerse obediencia”¹⁰⁶. Para concluir indican que: “lo que se llama propiamente principio de la legalidad de la Administración: está sometida a la Ley, a cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación”¹⁰⁷.

Carl Schmitt, en la interpretación de Pérez y Atienza, hace un lectura muy importante sobre legalidad y legitimidad y en ese sentido afirma que “se hace derivar la legalidad de la capacidad para imponer y garantizar el orden social [...] se atribuye la titularidad de la legalidad de la legitimidad a ciertas instancias cuya voluntad se considera singularmente valiosa y determinante: el Rey y el Pueblo”¹⁰⁸. O sea, en el Estado Democrático de Derecho la legalidad está en la capacidad del administrador público en imponer la voluntad constitucional

¹⁰⁵ E. García de Enterría; T. Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 10ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013. p. 476.

¹⁰⁶ E. García de Enterría; T. Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 10ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013. p. 477.

¹⁰⁷ E. García de Enterría; T. Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 10ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013. p. 478.

¹⁰⁸ J. Luis Monereo Pérez; Cristina Monereo Atienza, “Legalidad y Legitimidad por Carl Schmitt”, Granada, Editorial Comares, 2006. p. X.

con el objetivo de garantizar el orden social y, además, con la obligación de concretar la Constitución.

Schmitt en su obra “Legalidad y Legitimidad”, según Pérez y Atienza (2006), hace una crítica a los dos principios: legalidad y legitimidad y reconoce que la legalidad en su origen está fundada en la racionalidad puramente formal del Estado totalitario que atendía siempre la voluntad del Rey. Sin embargo, la transformación del Estado en Estado Democrático de Derecho, en el que el poder originario está en manos del pueblo, ocurre un desplazamiento de esa interpretación que choca con el propio concepto del Derecho moderno que tiene sus orígenes en la voluntad general de la población.¹⁰⁹

El Estado no será legítimo por la mera formalidad, se requiere una lectura valorativa del principio de la legalidad que atienda a los fines por los que fue creado, se requiere también una justificación material en contraposición a una legalidad puramente formalista. La legitimidad que, históricamente, fue construida con la idea de una justificación del poder en el que los gobernantes daban a los gobernados la explicación de su fundamento en el derecho de mando. Es decir, si es ley es legal, no obstante, el derecho no se agota en la ley.

La legalidad, en ese planeamiento, ocupa un lugar muy importante porque ofrece seguridad jurídica a las acciones del Estado, soporte necesario al ejercicio de la función pública. George Vedel señala que “la legalidad expresa [...] la conformidad con el Derecho y es sinónimo de regularidad jurídica”¹¹⁰.

Legalidad es un atributo del poder político que requiere, en el Estado Democrático de Derecho, el consenso en el que se reconoce socialmente la legitimidad que transforma la obediencia en adhesión social voluntaria. Las personas obedecen porque reconocen el poder del Estado, del agente público. Este reconocimiento surge de la idea de la delegación del poder para alguien que en su nombre hace las cosas obedeciendo el Derecho que es voluntad de la mayoría. Por lo tanto, la legitimidad tiene una dimensión existencial, presenta la unidad

¹⁰⁹ J. Luis Monereo Pérez; Cristina Monereo Atienza, “Legalidad y Legitimidad por Carl Schmitt”, Granada, Editorial Comares, 2006.

¹¹⁰ G. Vedel, “Derecho administrativo”, Trad. Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980. p. 219.

política en la constitución del país y ocupa la centralidad de esa unidad política. Puesto que es el fruto del poder político del pueblo en obediencia a su voluntad y, por eso es legítimo. Es este poder de la población que establece la legalidad y sus límites.

Es con este fundamento que varios autores indican, con autoridad, que el conjunto de los principios son la base de la actividad administrativa y orientan las acciones de los órganos públicos, de sus administradores y servidores. Aunque la legalidad ocupa, en el contexto de todo ordenamiento jurídico, la función de garantía y de fuerza normativa, la eficiencia tiene como objetivo garantizar que la gestión pública sea más eficiente, que prevalezca como condición de seguridad jurídica en el proceso de efectividad de sus acciones.

El legislador incluye la eficiencia en el conjunto de los principios organizadores y coordinadores de la acción del Estado y esta eficiencia necesita los principios de legitimidad y legalidad para que se concrete, aunque sea notorio que a la eficiencia no se le da una debida atención en el contexto del Estado Democrático de Derecho.¹¹¹

El camino reflexivo que escogimos, en nuestra investigación, para la búsqueda de la legitimación y eficiencia pública de las acciones del Estado, en el caso de la vivienda social, es la lectura interpretativa de la interrelación de los principios de la dignidad humana, fundamento de la democracia, con la eficiencia administrativa bajo la perspectiva de la efectividad de la política pública de la regularización del territorio urbano. Lo que, a nuestro juicio, podrá resultar en una mayor y eficiente responsabilidad del Estado y de la población, con la garantía y protección de la vivienda social.

Por un lado, el principio de la eficiencia fue caracterizado, por la gran mayoría de los autores, como legalidad y por eso no consta en muchas de las constituciones de forma explícita, por otro lado, la norma descrita en el artículo 37 de la Constitución Federal, hasta ahora, ha sido poco aprovechada la posibilidad de una interpretación que tenga como objetivo

¹¹¹ L. J. Parejo Alfonso, “La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos en España” *Revista Derecho del Estado*, N° 4, 1998, p. 45-78.

la legitimación de la acción pública por sus agentes y por la población. Por eso, este estudio optó por profundizar esa posibilidad en el caso del derecho a la vivienda social.

La eficiencia, en ese sentido, quedó ensombrecida por la legalidad. Por eso, en nuestro trabajo, pasamos a hacer la reconstitución de su sentido para sacarla de la oscuridad, dejarla con su propio contenido y, así, encontrar la posibilidad de ser uno de los principios que pueda ocupar un espacio importante en la efectividad de los derechos sociales, principalmente, en lo referente a la vivienda social. En la segunda parte de nuestra tesis vamos a profundizar mejor esta cuestión.

El Estado no es legítimo por la mera formalidad, requiere una lectura valorativa del principio de la legalidad que atienda a los fines por los cuales fue creado, necesita una justificación material en contraposición a una legalidad puramente formalista.

La legitimidad que, históricamente, fue construida con la idea de una justificación del poder en el que los gobernantes daban a los gobernados la explicación del lugar en el que se fundamentaba el derecho de mando. Actualmente, la idea de legitimidad tiene un nuevo contenido, además de la ley es la forma como los agentes públicos ejercen sus funciones. La legitimidad, actualmente, requiere tanto la eficiencia de los agentes públicos como la implicación de la población en estas acciones públicas, es decir, lo que es público, es de todos, por eso requiere obligaciones y cuidados del estado y de la población. En el contexto actual, la legitimidad se conquista a través del día a día de las acciones públicas, es justamente esto a lo que llamamos “eficiencia”.

En resumen, la legitimidad de la acción del estado no es sólo legítima porque el estado sea legítimo sino por la manera como se hacen las acciones del propio estado. En otras palabras, si es ley, es legal, sin embargo, el derecho no se acaba en la ley. Pero sin Ley ni hay Estado, ni hay Derecho, ni, por consiguiente, tampoco hay derechos de los ciudadanos.

La legalidad es un atributo del poder político que requiere, en el Estado Democrático de Derecho, un consenso en el que se reconozca socialmente la legitimidad que transforma la obediencia en adhesión social voluntaria. Las personas obedecen porque reconocen el poder del Estado, del agente público. Ese reconocimiento es voluntario ya que surge de la idea de la delegación del poder para alguien que en su nombre hace las cosas obedeciendo el Derecho que es voluntad de la mayoría.

Por lo tanto, la legitimidad tiene la dimensión existencial, presenta la unidad política y, la Constitución del país ocupa el lugar de esa unidad política porque es el fruto del poder político del pueblo en obediencia a su voluntad y, por eso, es legítimo. Ese poder es el que establece la legalidad y sus límites.

Esa reflexión ayuda a comprender la idea de que el Estado ejerce una influencia decisiva en la vida de las personas, es decisiva, por ejemplo, en la situación económica de toda la población. Es decir, el Estado está presente en la vida de las personas con la función de ser un articulador de las diferentes posibilidades que aseguren intereses vitales de la población. Por eso reconoce Soriano García que “La clase obrera no sólo no puede ser enemiga del Estado, sino que las satisfacciones de sus reivindicaciones exigen un Estado fuerte y libre”¹¹².

Lo que hemos dicho hasta ahora tiene como objetivo la aplicación en la regularización del territorio urbano relacionado a los asentamientos irregulares, lo que requiere que no nos olvidemos de la importancia de la economía. Sobre la importancia del orden económico para la democracia Eros Roberto Grau ofrece su contribución y señala:

A contemplação. Nas nossas constituições, de um conjunto de normas compreensivas de uma ‘ordem econômica’, ainda que como tal não formalmente referido, é expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que meramente prestar-se á harmonização de conflitos e á legitimação de poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas

¹¹² J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 88.

*públicas (no que, de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder).*¹¹³

1.4 Dignidad humana y legitimación de la acción pública

El principio de la eficiencia, para que sea efectivo, debe tener una conexión muy fuerte con la dignidad humana. Es decir, el Estado Democrático de Derecho necesita justificar sus políticas públicas basadas en el principio de la dignidad humana. No es posible que se piense en la democracia sin la igualdad y sin un mínimo de dignidad. El Estado Democrático de Derecho necesita una buena administración económica para que pueda realizar sus funciones de manera eficiente.

Cuando leemos el artículo primero de nuestra Constitución encontramos un modelo elegido que es el Estado Democrático de Derecho lo que presupone la presencia de dos órdenes distintos y, al mismo tiempo, conectados, que son el poder político y el poder jurídico. Nuestro trabajo no tiene como objetivo el tema del poder político, sin embargo, es importante recordar la idea de que el orden político y jurídico tienen una conexión muy fuerte y, de esa manera, Moreira Neto (1989) apunta que es posible pensar la legitimidad como fruto del orden ético-político y la legalidad como fruto del orden ético-jurídico para llegar al entendimiento de que “[...] *uma ordem legitimada pela estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos e uma ordem legalizada pela estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas*”¹¹⁴.

Para el mismo autor, pensar la legalidad como garantía de la legitimidad por sí sola no garantiza la efectividad. Es necesario alargar nuestra comprensión para lo que llamamos, basados en Norberto Bobbio, dinamismo de las relaciones entre el orden político y jurídico, lo que requiere dar la debida importancia al “*consenso como técnica social, imprescindível à dinâmica política (da legalidade), para objetivar-se numa dinâmica jurídica (da legalidade)*”

¹¹³ E. Roberto Grau, “A Ordem económica na constituição de 1988”, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010. p. 13.

¹¹⁴ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Legitimidade e discricionariedade”: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, Rio de Janeiro, Forense, 1989. p. 3.

[...] *garantindo o respeito e o ajustamento dos valores que correspondem, no sentimento coletivo, à aspiração de justiça*”¹¹⁵.

En nuestro trabajo, todo lo que hemos relacionado hasta este momento es muy importante para que la actuación del poder público sea eficiente. En ese sentido, es necesario hacer una conexión directa con la dignidad como condición de legitimidad de la política pública. Es decir, para la garantía del trabajo del Estado es muy importante esta conexión, interrelación de los dos principios, eficiencia y dignidad.

Claro que tanto el principio de la eficiencia como el de la dignidad están expresamente reconocidos en el texto constitucional, lo que no quiere decir que garantice su concreción apenas por esa existencia, sin embargo, si reconocemos que la dignidad es el núcleo de la Democracia debemos apostar en una lectura interpretativa de su interrelación con la eficiencia.

La función del principio de la eficiencia es la satisfacción del cumplimiento de los objetivos propuestos y, por eso, en nuestro trabajo lo reconocemos como fundamental para la efectiva y duradera acción del Estado. Lo que requiere, en la práctica, un consenso entre destinatario y poder público y, en ese sentido, será necesario la garantía de la participación social. Otro principio importante para la democracia y que, también, está reconocido en el texto constitucional.

Sobre la importancia de la participación social Diogo de Figueiredo Moreira Neto cree “[...] *na contenção e na detenção do poder, pela abertura da participação no exercício das funções estatais, de modo a permitir a constante retroalimentação consensual do sistema*”¹¹⁶. Lo que aplicado en la regularización del territorio urbano es fundamental la

¹¹⁵ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Legitimidade e discricionariedade”: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, Rio de Janeiro, Forense, 1989. p. 4. Pero debemos indicar que una cosa es el consenso como arbitrio para llegar a una solución concreta que contemple todos los intereses en juego y otra bien distinta es que constituya una fórmula permanente de administrar y legislar. No podemos hacer cómplices a los demás en los conflictos que surjan, sino que muchas veces debemos adoptar nuestro próprio critério, con justificación y explicación suficiente, y siempre desde luego, dentro de la legalidad.

¹¹⁶ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Legitimidade e discricionariedade”: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, Rio de Janeiro, Forense, 1989. p. 5.

abertura de un proceso permanente de participación social en todas las fases de construcción, de aplicación y de fiscalidad de la política.

Además, los principios de legitimidad, legalidad, eficiencia y dignidad reclaman otro concepto muy importante, el interés público. La razón es que legitimidad, legalidad y eficiencia, en el campo administrativo, convergen en el interés público y es en este interés público que el Estado se subordina.

No obstante, desde un punto de vista conceptual, el interés público no quiere decir la suma de los intereses individuales. El interés público se constituye de los intereses generales, colectivos que la sociedad subordina el cumplimiento al Estado. Aunque el interés público sea legítimo solamente el interés público legislado posee el poder de la legalidad. Moreira Neto señala que interés público es “[...] *interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada*”¹¹⁷.

La actividad administrativa tiene su esencia en el interés público, o sea, la supremacía del interés público sobre el interés privado justifica la existencia de la función pública. Borges, citando a Santi Romano, señala la esencia de la función pública cuando define que “[...] *a função é poder que se exerce, não por interesses próprios, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesses de outrem ou um interesse objetivo, a função administrativa está irremediavelmente vinculada a uma finalidade de interesse público*”¹¹⁸.

En el ordenamiento jurídico, la función pública tiene la responsabilidad específica de proveer de manera concreta e interpretar la realidad de la vida. Sin embargo, para muchos autores, la función pública es un concepto indeterminado, ambiguo y, por eso es necesario que sea completado. En ese sentido Eros Grau, interpretando a Borges (1996, p.110), reconoce que “[...] *os parâmetros para tal preenchimento – quando se trata de conceito aberto e*

¹¹⁷ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Legitimidade e discricionariedade”: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, Rio de Janeiro, Forense, 1989. p. 8.

¹¹⁸ A. Gonzalez Borges, “Interesse Público: um conceito a determinar”, in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996. p. 109.

impreciso – devem ser buscados na realidade, inclusive nas concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais”¹¹⁹.

Cuando un concepto normativo se presenta de manera indeterminada, ambigua, García de Enterría y Tomás - Ramón Fernández nos advierten que la función de los intérpretes de la norma, o sea, el poder público tiene el deber de verificar, en primer lugar, cuál es el concepto que la norma indica y, en segundo lugar, si la solución a la cual se llega es la única, la mejor, la más justa que la norma tuvo la pretensión de alcanzar. Los mismos autores sustentan que la tarea del intérprete es verificar, en el caso de los conceptos indeterminados, si constituyen un verdadero juicio de legalidad.¹²⁰

No obstante, continúan los mismos autores, cuando se trata de la aplicación de la ley, con la intención de delimitar una hipótesis concreta en circunstancias concretas y determinadas y, justamente por eso, constituye un proceso regulado que se agota en un proceso intelectual de la comprensión de la realidad que no interfiere en el campo de la potestad discrecional.

Con la intención de aplicar el interés público en un Estado Democrático de Derecho en el que el orden democrático se relaciona con el interés público y el interés de los ciudadanos, el interés público es el fruto del bienestar común, interés general, o sea, la Administración Pública incorpora la idea de que el interés público está libremente aceptado por el ciudadano. Lo que requiere del ciudadano es que este reconozca que dentro del interés público está su interés individual.

En otras palabras, Borges citando a Escola, nos advierte que:

Os indivíduos que não reconhecem em um interesse público seu próprio interesse individual, ficam, entretanto, constrangidos a aceita-los e até contribuir para sua obtenção, porque, formado parte da comunidade, aquele quer valorativo

¹¹⁹ A. Gonzalez Borges, “Interesse Público: um conceito a determinar”, in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996. p. 110.

¹²⁰ E. García de Enterría; T. Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 10ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013.

*majoritário lhes e imposto obrigatoriamente sobre a base de uma igualdade de possibilidades e obrigações.*¹²¹

En un sistema democrático es muy importante que tengamos la distribución y la participación en los efectos, exigencias y resultados de la voluntad de la población, es lo que permite la imposición a toda la comunidad. O sea, el principio de la participación garantiza la efectividad de los intereses públicos. Esta conciencia colectiva del ciudadano y del poder público sobre el interés público es muy importante para la efectiva y verdadera función del agente público.

Es importante que el interés público forme parte del debate de la eficiencia pública ya que es ese debate el que configura nuestra preocupación por el tema del interés público y, en ese sentido, concordamos con Andre Demichel¹²², fundamentado en George Vedel, que sintetiza que el “[...] interés público es el interés general que puede ser presentado en dos concepciones posibles. O sea, interés específico de la sociedad, distinto, por su propia esencia o como un arbitraje entre los diversos intereses individuales”¹²³.

En el proceso democrático cuando el interés individual está alejado del interés público, lo que es normal y muchas veces necesario, es importante que el interés individual esté compensado, como es en el caso de la expropiación por interés público, por la indemnización. En ese sentido el artículo 24 de nuestra Constitución exige que esta expropiación se convierta en una justa indemnización.

Además, uno de los problemas administrativos, en lo que concierne al debate sobre intereses públicos, es el problema que la doctrina denomina de conflictualidad de intereses. Es importante señalar las situaciones de conflictualidad en las que la administración pública se encuentra ante la sociedad y sus ciudadanos. Lo que puede ocurrir en uno de estos casos es que, por ejemplo, en una acción administrativa que tiene la intención de alcanzar un interés relevante, de urgencia, pueda causar un daño ambiental. El Derecho Ambiental está

¹²¹ A. Gonzalez Borges, “Interesse Público: um conceito a determinar”, in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996. p. 113.

¹²² A. Demichel, “Le Droit Administratif: essai de Reflexión Theorique”, Paris, LGDJ, 1978.

¹²³ G. Vedel, “Derecho administrativo”, Trad. Juan Rincon Jurado, Madrid, Aguilar, 1980.

garantizado en la Constitución en su artículo 225 en el que reconoce que es un deber del Estado y de la población defenderlo y preservarlo como un derecho fundamental. En este ejemplo, tenemos la conflictualidad entre dos intereses públicos.

Para Alice Borges la cuestión de la voluntad general, democráticamente garantizada en la Constitución, puede también presentar, en algún momento, intereses públicos en conflicto. Según la autora “[...] *a definição de interesse público corresponde a uma noção ideológica*” y de esa manera sigue siendo:

*[...] um conceito indeterminado que precisa ser ‘preenchido’, para cada sociedade e para cada tempo, tendo, como ultima ratio, o atingimento do ideal aristotélico do sumo bem comum que corresponde à aspiração dos indivíduos, sim, mas que se torne ‘mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades’.*¹²⁴

Sin embargo, el problema va a necesitar de la interpretación hermenéutica que mejor atienda a la población, o sea, un direccionamiento hermenéutico oportuno a cada caso concreto. De esta manera se concreta la idea de que la satisfacción de los intereses públicos trasciende a la legalidad para abrigarse en el dominio de la legitimidad. Es de esa manera que la aplicación de las reglas legales sigue siendo revisitada no apenas por la propugnada equidad, sino también por la realización de las finalidades constitucionales aplicables a cada especie concreta.

El concepto de eficiencia de las acciones públicas está solapado con los conceptos de la legalidad, legitimidad e interés público. Por eso nos preocupamos por reconocer los tres conceptos para aclarar de la mejor forma la eficiencia pública. El propio derecho público en el contexto del Estado contemporáneo tiene la función de satisfacer determinadas necesidades sociales en las que el principio de la eficiencia se vincula obligatoriamente. De esa manera la norma jurídica pasa a tener su criterio de validez no solamente por la rigidez del ordenamiento jurídico, sino también por la aptitud para atender a los objetivos de la política pública.

¹²⁴ A. Gonzalez Borges, “Interesse Público: um conceito a determinar”, in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996. p. 113.

No obstante, el principio de la eficiencia, de ninguna manera, tiene la intención de ponderar el principio de la legalidad y sí de fomentar en la legalidad un nuevo foco que aparece en los resultados prácticos alcanzados y no de una legalidad meramente formal y abstracta.

De esa manera es imprescindible que la eficiencia, desde un punto de vista económico, deba ser entendida no apenas como el mejor resultado de beneficios, sino como el mejor ejercicio de la función pública, del interés colectivo que incumbe al Estado promover, proteger y no violar. Y en ese campo puntúa Comparato: “*a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na expressão legislativa da soberania popular, mas na realização de finalidades coletivas, a serem realizadas programaticamente*”¹²⁵. Por eso realizar la tarea pública con eficiencia es obligación de la administración pública que requiere, a nuestro juicio, la participación del pueblo como condición para el efectivo cumplimiento de la función pública.

El principio de la eficiencia, hasta ser incluida en la Constitución, parte de la constatación de que la realidad de interpretación y aplicación de la ley no estaba siendo capaz de alcanzar correcta y materialmente los objetivos del Estado constitucional. Así pues, pasa a ser necesaria una nueva metodología interpretativa que incluya la eficiencia en la materialidad de la ley.

Es importante repetir que en el Estado Democrático la ley tiene el sentido de la voluntad de la población, de expresión de la voluntad general y, por eso, la idea de que la administración pública, nos muestra García de Enterría,¹²⁶ tiene que ser legalizada, organizada desde la ley y cuya función es siempre servir los intereses generales.

En este contexto, tratamos de relacionar una articulación entre el principio administrativo de la eficiencia y el principio constitucional de la dignidad humana. El

¹²⁵ F. Konder Comparato, “Juízo de constitucionalidade das politicas publicas”, in: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo, Malheiros, 1997, Vol. 2. p. 350-351.

¹²⁶ E. García de Enterría, *Revista de Derecho Público*. RDP 89/5, Madrid, ene.-mar./1989.

reconocimiento de la dignidad humana confirma la importancia de la participación del pueblo en la concreción de la eficiencia pública.

García de Enterría, al hablar sobre el efecto de la relación entre interés público y administración pública, reconoce que el propio Derecho Administrativo tuvo que hacer una modificación, a lo largo de la historia, que reconoce la primacía de la titularidad de los derechos fundamentales en el ámbito administrativo. Este reconocimiento tuvo como resultado la centralidad de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, cuyo mandato ejecutivo asume la función de organizar el sistema de los servicios públicos, observa la igualdad de condición de los ciudadanos y obedece la legalidad.

Al hacer una lectura crítica de la legalidad administrativa, García de Enterría reconoce que la legalidad representa algo más que una simple organización de la acción pública “[...] se trata de una hetero-ordenación, donde se manifiesta la legitimación y la apropiación del poder, que en último término remite a los ciudadanos”¹²⁷. Para el mismo autor, los ciudadanos no son meros destinatarios de los poderes de la administración pública, sino que son mucho más que esto, los ciudadanos están en el origen del poder, son titulares del poder, sujetos de los derechos fundamentales.

Derechos fundamentales, entendidos en términos conceptuales por la gran mayoría de los autores, como sintetiza Pérez Luño¹²⁸, son los que las constituciones consagran. Estos derechos fundamentales están, en su conjunto, en el ordenamiento jurídico y están sometidos al principio de la dignidad humana.

En este sentido, lo que es perceptible por muchos autores es el reconocimiento de que a) la Constitución es norma, es el conjunto de los preceptos jurídicos y no es un programa; b) esta normatividad constitucional afecta a todo el ordenamiento jurídico patrio, aunque no posee, para García de Enterría, el mismo alcance en todos los casos porque depende del contenido de cada uno; c) los derechos fundamentales se vinculan a todos los

¹²⁷ E. García de Enterría, *Revista de Derecho Público*. RDP 89/5, Madrid, ene.-mar./1989. p. 230.

¹²⁸ A. Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, Madrid, Tecnos, 2007.

poderes del Estado. Son derechos que nutren la interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la constitución. La eficacia de estos derechos fundamentales resulta de la comprensión de que todo el ordenamiento se subordina a la constitución y, a su vez, la constitución posee un valor primordial en la jerarquía del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, en lo que se refiere a los derechos sociales, principios rectores en el contexto español, no es posible, para la gran mayoría de los autores entre ellos Soriano y García de Enterría, su aplicabilidad inmediata, lo que no quiere decir que no posee valor normativo. En ese sentido García de Enterría afirma que:

[...] sería un error deducir de ello su falta de valor normativo, aunque sea en la forma especial de enunciación al problema en estos términos. [...] está claro que el precepto constitucional no quiere decir que esos principios necesitan de leyes para poder pasar al mundo de la afectividad [...] quiere que de esos principios normalmente no abstiene derechos subjetivos accionables, pero que, sin embargo, vinculan en sus propios términos a todos los jueces.¹²⁹

Esa vinculación positiva, en el caso brasileño, se produjo en el “*Estatuto da Cidade*”, ley nº10.257/2001 que reglamentó los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal, cuyos temas de política urbana y de regularización urbana territorial ganaron la posibilidad jurídica de ser más efectivos. En este contexto, el derecho a la vivienda gana fuerza jurídica con la institucionalización de la política urbana que tiene su concepción de política de desarrollo, origen constitucional, que da competencia a la Unión Federal para: “*instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transporte urbano*”; el artículo 182 establece que: “[...] *tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem estar de seus habitantes*”, con la eficacia ejecutoria de los municipios de la federación, en observancia a las directrices generales fijadas en la ley, en los términos del artículo 21 de la Constitución Federal.¹³⁰

¹²⁹ E. García de Enterría, *Revista de Derecho Público*. RDP 89/5, Madrid, ene.-mar./1989. p. 235. Ya hace tiempo el profesor Parejo se pronunció sobre esta vinculación. Vid. L. J. Parejo Alfonso, “La encrucijada actual del urbanismo”, *Urban*, nº 1, 1997, p. 29-44.

¹³⁰ No obstante, hay que tener en cuenta asimismo el impacto del urbanismo en el territorio, más allá del municipio, y su conexión con otros ejes fundamentales del Derecho público. Vid. M. Vaquer Caballería, “El urbanismo supramunicipal: su auge, su necesaria diferenciación de la ordenación del territorio y sus límites”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 7, 2012 (Ejemplar dedicado a: Enero-Junio), p. 115-138.

Para García de Enterría en el ejercicio de la administración se tiene que observar que: “[...] da ejecutoriedad de la acción administrativa es un instrumento ordinario, sumariamente respetable, de gestión administrativa, pero no es en sí mismo un fundamento del ordenamiento”¹³¹.

Desde el punto de vista interpretativo, Enrique Groisman¹³² observa que la pura y simple juridicidad de la actuación del Estado como elemento de legitimación fue insatisfactorio y, a partir de entonces, se empezó a exigir resultados más concretos. Es decir, ya no es suficiente que el gobernante no viole la ley, se exigen, entre otras cosas, un crecimiento económico, el combate a la pobreza y soluciones concretas para el problema de la vivienda urbana.

El debate se coloca en términos de políticas más adecuadas para que los objetivos constitucionales sean alcanzados y, sin duda, el reconocimiento puro y simple de la ley deja de ser apenas un medio que impide la arbitrariedad para convertirse en el punto de partida de las actividades estatales que tienen como fin el cumplimiento de los objetivos del Estado.

Añadimos la observación de Marin¹³³ que afirma que la legitimidad democrática originaria por sí sola no es suficiente para justificar el poder administrativo, es imprescindible la legitimidad del ejercicio público. Es decir, la legitimidad es muy importante, es la que va a dotar al servicio público de una real efectividad responsable y aceptada por la población.

La tarea de pensar el principio de la eficiencia de la acción pública en su relación con el principio de la dignidad tiene el objetivo de encontrar, en esta relación, posibles alternativas para la legitimación de la acción pública, a través de la centralidad del espíritu constitucional: la dignidad humana. La podemos referenciar, como hacen muchos autores constitucionalistas, como el principio de los principios, el principio orientador del ordenamiento jurídico y, por eso, el principio localizador, central de la actividad administrativa.

¹³¹ E. García de Enterría, *Revista de Derecho Público*. RDP 89/5, Madrid, ene.-mar./1989. p. 239.

¹³² E. Groisman, *Revista de Derecho Industrial*, 1999, 42/894.

¹³³ A. Martínez Marin, “El buen funcionamiento de los servicios públicos”, Madrid, Tecnos, 1990.

La eficiencia es un principio, históricamente, de poca visibilidad en los ordenamientos jurídicos desde un punto de vista formal. Sin embargo, siempre formó parte del principio de la legalidad. Aunque, en la Constitución brasileña al contrario de otras constituciones, este principio de la eficiencia pública está escrito formalmente en el texto constitucional de forma autónoma. La enmienda constitucional número 19 de 1998 incluyó en el artículo 37 de la constitución el principio de la eficiencia pública de forma autónoma.

Sin duda, la inclusión del principio de eficiencia en la constitución brasileña hasta 1988 era igual a otras constituciones, la eficiencia pública estaba incluida en el principio de la legalidad. La enmienda constitucional número 19 de 1988 incluyó en el artículo 37 de la constitución el principio de la eficiencia pública de forma autónoma. Este principio está relacionado al capítulo económico de la constitución que tiene su contenido focalizado en relación entre medio y resultado.

De esa manera, el contenido de la eficiencia pública, en el contexto brasileño, posee una conexión con la economía y tiene como objetivo mejorar el bienestar de la población a través de una política pública que sea capaz de mantener con eficiencia el Estado Democrático de Derecho, en el que la centralidad está en el reconocimiento de la garantía de derechos. La política pública de la vivienda forma parte de un conjunto de acciones públicas eficientes en las que la obligación de proveer, promover y cuidar se comparte entre el agente público y la población. Por eso la tarea pública requiere, a nuestro juicio, la búsqueda de responsabilidades compartidas y, de esa manera, la eficiencia se concreta.

Ahora bien, diga lo que diga esa propuesta, lo que no cabe en modo alguno es proceder a ofrecer una alternativa al principio de legalidad basada en la eficiencia. No cabe, maquiavélicamente, afirmar que el fin justifica los medios. El instrumento habrá de estar siempre en la Ley. O dicho de otra forma, continua siendo cierto que la eficiencia contra la Ley, es imposible en el Estado de Derecho.

Otra cosa será lograr que los objetivos públicos se consigan, pero no a costa de la Ley. Será en el “intersticio” de la propia Ley donde se tienen que acoger todas las fórmulas que

permitan que la economía y la técnica logren sus objetivos. Habrá que buscar otras formas de legislar, pero sin que de ello se desprenda que la Ley quede arrumbada al baúl de los tratos viejos. Eso, resueltamente, es volver al Antiguo Régimen, más o menos disfrazado de tecnocracia.

En este capítulo, hemos tenido como objetivo realizar una lectura de la construcción del Estado de Derecho entendido como el que tiene en la ley la fuente que le da legitimidad a su existencia. Es decir, el Estado de Derecho es aquel que pauta su acción basado en el orden jurídico normativo y, además, presenta la democracia como principio formador y garantizador de lo que se consagró, históricamente, como Estado Democrático de Derecho. A partir de este momento, pensar la legitimación de la acción pública de manera eficiente que, en su construcción, reconoce el papel de la sociedad de la legitimación del derecho.

El próximo capítulo se centra en una lectura de la formación del Estado Democrático de Derecho brasileño en el que la democracia, a duras penas, hace su construcción histórica pautada en la firme decisión de tener una constitución ciudadana y democrática que garantice derechos fundamentales, individuales y sociales en los que albergue el derecho a la vivienda social. En este proceso es necesario recuperar el contexto urbano.

2 ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO EN LA CONSTITUCION DE 1988

2.1 Constitución democrática

En el primer capítulo planteamos las bases del Estado de Derecho a través de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento de los derechos. Lo que fue posible señalar es que los principios, sean estos Liberal, Social o Democrático, están en la esencia de la construcción del Estado en la que se encuentran, por lo menos, dos grandes problemas: la ley sólo puede cumplir su función de centralidad del Estado de Derecho cuando se hace de la voluntad del pueblo y, de la misma manera, el reconocimiento de los derechos, a nuestro juicio, para que no sea letra muerta dentro del ordenamiento jurídico necesita que su origen esté en la participación del pueblo, incluso, para su efectiva concreción.

Lo que, en términos constitucionales, desde el punto de vista histórico, podría ser sintetizado de la siguiente forma: la consolidación del Estado moderno ocurre a lo largo del siglo XIX, sobre la forma de Estado de Derecho. Este, en términos europeos, se consolidó en la gran mayoría de los Estados como modelo monárquico constitucional y, en términos latino americanos, el modelo prioritario elegido fue el federalismo constitucional, incluso en Brasil.

No obstante, sea constitucional monárquico o constitucional federalista, señala Barroso¹³⁴, el núcleo fundador es el mismo, o sea, normas de repartición y limitación de poder, incluso la protección de los derechos frente al Estado. Sin embargo, la noción de democracia se incluye en el debate, un poco más tarde, cuando se incorpora la idea de la fuente legítima del poder y de la representación política. Esto solamente va a ocurrir a lo largo del siglo XX en el que otras centralidades surgen, por ejemplo: quién decide (fuente del poder), cómo decide (procedimiento adecuado) y qué es lo que puede y no puede ser decidido (contenido de las obligaciones negativas y positivas del Estado).

Es por todo eso que en el siglo XX se consagra la construcción del Estado Constitucional de Derecho o Estado Democrático de Derecho.

¹³⁴ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

Lo que para Barroso: “*Quanto ao Estado de Direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares*”¹³⁵. Así, en el capítulo anterior, afirmamos que el contenido del derecho, en términos de eficacia, estaría sometido a la legitimación pública de la ley en su construcción y en su aplicación.

Lo que, desde un punto de vista constitucional, es posible considerar en su dimensión formal que la idea de la mayoría y el reconocimiento de los derechos fundamentales, como las libertades públicas de expresión, desplazamiento, entre otras, es la democracia. Esta es la que va a dar condiciones para que se realice la efectividad de los derechos, conforme indica Barroso: [...] *a alma do Estado constitucional de direito, é mais do que governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais-, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral*”¹³⁶.

Y según el mismo autor:

*Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe a vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.*¹³⁷

El Estado brasileño se constituyó democrático de derecho con la constitución de 1988. El artículo 1º reconoce que: “*A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito*”¹³⁸. Claro está que en la constitución de 1988 el Estado de Derecho

¹³⁵ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 65.

¹³⁶ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 66.

¹³⁷ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 66.

¹³⁸ Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

tiene una conexión intrínseca con la democracia. O sea, la democracia, como en la República alemana, ocupa el lugar principal del modelo de Estado.

En este precepto están incluidas un conjunto de normas que se entrecruzan para, principalmente, garantizar derechos y libertades consignados como normas fundamentales del estado, en las que en un Estado de Derecho las propias autoridades públicas están sujetas a las reglas de derecho. Por eso el carácter y la finalidad del estado están establecidos en la constitución y, por lo tanto, sus principios constituyen el contenido fundamental del Estado Constitucional. Los fundamentos del Estado Constitucional brasileño están previstos en el artículo 1º de la Constitución: “[...] *a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o pluralismo político*” con la síntesis de que “[...] *todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”¹³⁹.

El Estado de Derecho tiene como objetivos constitucionales en el artículo 2º “*construir uma sociedade livre, justa e solidaria; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*”¹⁴⁰.

El precepto de la democracia, enseña José Afonso da Silva que es [...] *meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana [...] revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo [...] é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da História*”¹⁴¹. La propia ley se encuentra subordinada a la soberanía de la voluntad del pueblo porque el poder que reciben los representantes tiene su origen en el pueblo. En otras palabras, la democracia es la herramienta del pueblo en defensa de sus derechos. Poder que la constitución de 1988 concibe de forma directa y de forma indirecta.

¹³⁹ Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

¹⁴⁰ Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

¹⁴¹ J. Afonso da Silva, “Comentário contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

En ese sentido los artículos del 14 al 17 de la Constitución de 1988 garantizan la participación del pueblo en el ejercicio de los derechos políticos y, además, en los artículos 10, 11, 31, 74, 129, 206 y 216 de la Constitución se reconocen otras maneras de democracia participativa. Según Silva, el principio de la participación social “[...] caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos do governo”¹⁴².

La cualificación del Estado de Derecho se extiende al conjunto de preceptos que establecen la sumisión de los poderes y de los ciudadanos a la Constitución y, al mismo tiempo, al ordenamiento que garantiza los principios formadores del Estado de Derecho (legalidad, jerarquía normativa, etc.) así como el sistema de derechos fundamentales (derechos subjetivos individuales y sociales) y libertades públicas frente a la libre iniciativa de los individuos y de la sociedad. Tanto el ámbito de la enumeración de los derechos fundamentales, como la delimitación de la competencia del Estado forman elementos necesarios, componentes del Estado de Derecho. Sin embargo, lo que es más importante es la sumisión de los poderes públicos a la jurisdicción constitucional que es lo que caracteriza al Estado no solamente como legal de derecho, sino también y, principalmente, al Estado Constitucional y por eso un Estado, administrativamente, bien ordenado.

El significado democrático congrega un conjunto de normas: igualdad, soberanía nacional, pluralismo político que garantizan la participación de los ciudadanos. El modelo de nuestra democracia, no solamente representativa, sino directamente ejercida por la población, se produce a través de los institutos de iniciativa popular que pueden formular leyes de iniciativa popular y referéndum. En otras palabras, Brasil adopta, en los artículos 14, incisos I, II y III, de nuestra Constitución, el plebiscito, el referéndum y la iniciativa popular como mecanismos de participación directa.

En efecto, la integración del Estado de Derecho al Estado Democrático que forma el Estado Democrático de Derecho, desde el punto de vista histórico, puede apuntar para dos caminos. Uno de ellos es el modelo de Estado, en el contexto liberal, que se entiende como

¹⁴² J. Afonso da Silva, “Comentário contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014. p. 41.

Estado Burgués de Derecho, o sea, Estado legal que no consigue concretar sus promesas y principios. En ese sentido, la Democracia se entiende de manera abstracta y formal.

Manuel García Pelayo se basa en este pensamiento al leer a Constant y Tocqueville en lo que llama de antinomias entre “liberalismo y la democracia, entre la libertad y el exceso del principio igualitario”¹⁴³. En este debate la conclusión a la que llega el autor es que hay una armonización entre democracia y liberalismo y que de ella se origina un sistema político libre.

Sin embargo, la experiencia de las guerras deja claro que el excesivo formalismo al que llega el Estado de Derecho carece de un contenido social y, así, es necesario recuperar el sentido democrático del Estado de Derecho en el sentido de que la defensa de la democracia requiere la ampliación, la confirmación del principio de la decisión de la mayoría.

No obstante, desde el punto de vista constitucional, la mayoría no significa decir poder ilimitado ni del Estado ni de la población porque la Constitución ordenará los límites de ese poder. Por consiguiente, la decisión en el proceso democrático está garantizado en el ordenamiento jurídico nacional.

Así, democracia política esta intrínsecamente ligada a la democracia social en la medida que, por ejemplo, el desarrollo de la política social necesita que la política económica tenga como uno de sus objetivos la disminución de la desigualdad social y, así, la Democracia, con ese contenido social recuperado, se conecta directamente al contenido del Estado Democrático de Derecho de manera que la calificación social amplía el contenido democrático.

Por consiguiente, es posible entender que la democracia social es la base de la democracia política por lo que requiere la ampliación de la democracia material y, en ese contexto, afirma Manuel García Pelayo que “sin democracia política no hay garantía para una

¹⁴³ M. García Pelayo, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Madrid, Alianza Editorial, 1985. p. 100.

democracia social y sin democracia social la democracia política carece de verdadera sustentación”¹⁴⁴. La democracia social frente al positivismo jurídico formalista aquejado por la realidad social desigual e ineficaz en sus acciones es, de una cierta manera, transgredido por el contenido social que lo lleva a la recuperación del modelo del Estado Democrático de Derecho.

Es importante señalar que la democracia desde el punto de vista histórico como régimen político tuvo su surgimiento en Atenas alrededor de 510 a.C., alcanzando su ápice en el gobierno de Péricles, entre 461 a 429 a.C., en su práctica era un régimen en el que los ciudadanos atenienses eran convocados para deliberar los asuntos públicos de manera directa. Sin embargo, ya sabemos que el acceso a la política era restricto, pues sólo era permitido que participasen en este proceso los hombres descendientes de familias griegas, las mujeres y los esclavos eran excluidos de este proceso.

Estas restricciones tuvieron el mérito de construir un concepto clásico de la democracia que influenció, más tarde, la construcción de la doctrina occidental sobre la forma de gobierno democrático. La contribución que Atenas trajo para la construcción del modelo de los Estados Democráticos tiene sus raíces en la consolidación de un espacio público en el que los ciudadanos comunes, los vecinos de las ciudades, sin contar las debidas restricciones que hemos nombrada más arriba, participaban directamente de las deliberaciones políticas, sin intermediarios. Es, por lo tanto, el espíritu histórico que ilumina las construcciones modernas de la democracia directa actual.

En nuestro trabajo, uno de nuestros objetivos es clarificar la importancia del principio de la eficiencia en el proceso democrático de la construcción y ejecución de la política pública, es por eso de suma importancia recordar los prepuestos que clarifican el régimen democrático.

¹⁴⁴ M. García Pelayo, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Madrid, Alianza Editorial, 1985. p. 101.

En ese sentido, para Norberto Bobbio el presupuesto que califica la existencia de un régimen democrático está en la correcta definición de las “reglas del juego” en las que el ciudadano y el gobierno saben, anticipadamente, como deben proceder para que el diálogo sea correcto: “[...] *o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos*”¹⁴⁵.

Para Bobbio, la regla más importante del régimen democrático es la que define efectivamente quienes podrán participar de las soluciones colocadas en la pauta y, en ese sentido, es el pueblo que tiene que participar de las decisiones. Además, para que la democracia tenga un verdadero sentido es muy importante la extensión de la soberanía popular.

Por eso el sentido de la constitución, formulada por varios teóricos, es muy importante. Es decir, la comprensión del sentido de la constitución en el contenido del Estado Democrático de Derecho, desde el punto de vista de la teoría de la Constitución, dirige la efectiva posibilidad jurídica del Estado Democrático de Derecho.

Nuestra intención, a continuación, es especificar brevemente el concepto de la constitución entre algunos teóricos. Escogimos, dentro del conjunto de autores que profundizan la idea de constitución, el sentido sociológico, político y normativo. Entre ellos están Ferdinand Lasalle, Carl Schmitt, Hans Kelsen y, por último, Herman Héller que contribuyó significativamente en el debate constitucional.

Para Ferdinand Lasalle, un precursor de la social democracia alemana, la constitución de un país es, en esencia, la suma de los factores reales del poder de una nación. Para el autor, no basta presentar la materia concreta de la constitución y tampoco buscarla en la legislación precedente para llegar al concepto de la constitución. Constitución es un pacto

¹⁴⁵ N. Bobbio, “O futuro da democracia (uma defesa das regras do jogo)”, Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986. p. 18.

jurado entre el rey o jefe de estado y el pueblo que establece los principios del ordenamiento.¹⁴⁶

La constitución es la ley fundamental proclamada por la nación, es la base de la organización del Derecho Público del país. De esa manera, solamente es posible que se tomen decisiones a través de la esencia constitucional que es la propia vida de la población. La fuerza activa constitucional está en los factores reales del poder que actúa en cada sociedad. Es esta fuerza activa y eficaz que está en todas las leyes, todas las instituciones jurídicas vigentes, que determinan lo que está permitido.

Hans Kelsen (1953) conceptúa la constitución como la norma mayor en tres sentidos: natural como conjunto de las normas cuya función es regular la creación de los preceptos generales. Lo que en un sentido amplio sería el espacio de las normas que establecen relaciones de los súbditos con el poder estatal. En el sentido formal, la constitución alberga normas que solamente serán modificadas en obediencia a las determinaciones oficiales y, por último, en el sentido político que comprende las normas que regulan la creación de las competencias.

Para Carl Schmitt (1983), la constitución es el orden total, completo, de la esencia concentrada en el conjunto de las decisiones políticas fundamentales, tales como el poder constituyente que revela la voluntad del pueblo. La constitución está constituida por normas supremas apoyadas en la decisión política. De esa manera, los posibles conflictos en el régimen político se agotan en la propia constitución.

Para Herman Héller (1968), la constitución es un documento organizado, producido de manera abierta, nacido de la vida de las personas y, por eso, necesita ser justificado según los principios étnicos del derecho.

¹⁴⁶ F. Lassalle, “A Essência da Constituição”, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1985; F. Lassalle, “Qué es una Constitución? Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946.

Para Rudolf Smend, según Paulo Sávio Peixoto Maia, la dinámica constitucional se realiza de acuerdo con la dinámica social y, por eso, la constitución está en permanente desarrollo en el que están envueltos factores sociales, individuales y colectivos. En ese sentido, Smend se contrapone a Kelsen que trata de adaptar la idea de constitución como elemento valorativo.¹⁴⁷ De esa manera la constitución debe reconocer las motivaciones sociales de la dinámica política. Por un lado, Schmitt también reconoce el carácter estático de la constitución y propone, en el caso de un “Estado de Excepción”, que haya una decisión jurídica fundamental. Por otro lado, Smend propone siempre reexaminar la dinámica en la cual se desarrolla la vida social ya que reconoce la constitución como un sistema cultural y de valores del pueblo que, para el autor, sufre un desgaste y, por eso, se necesita una interpretación constante, elástica y flexible.

En este contexto del debate sobre el concepto de la Constitución, Ferdinand Lassalle (1863) defiende que la esencia de la Constitución es la realidad social y no las normas. Para el autor la constitución está en el espíritu unánime del pueblo y por eso es la más sagrada, más firme y más inmóvil que cualquier ley común. Es la ley fundamental.

Konrad Hesse (1959) conceptúa la Constitución como la ley jurídica fundamental, aunque está siempre abierta a la comunidad, esta ley trata de encontrar la unidad del conjunto del orden jurídico del Estado. Su finalidad es construir y estabilizar, limitar el poder y, de esa manera garantizar la libertad. Su eficacia está centrada en la capacidad de actuar en la vida política y sus raíces están en la consciencia de la comunidad sobre el valor de la ley, sobre la convicción de que la ley establecida es legítima, aunque necesite constantemente una actualización.¹⁴⁸

Häberle (1966) señala que la constitución es un proceso público abierto con una interpretación plural de una sociedad abierta, su teoría se funda en la idea de mantener la

¹⁴⁷ P. Sávio Peixoto Maia, “Rudolf Smend e os direitos fundamentais como integração: esboço para uma crítica da fundação axiológica dos direitos”, disponible en: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2010/02/arquivo-3.pdf>>. Acceso el: 20 abr. 2016.

¹⁴⁸ K. Hesse, “A força normativa da Constituição”, Trad.: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

sociedad abierta a las experiencias del pasado y a los cambios del futuro. Así, la constitución, para el autor, es una obra abierta y sin dogma.

Jorge Miranda (1982), sobre el concepto de Constitución, reconoce que es un elemento que conforma las relaciones sociales y es el resultado de la integración política. La constitución, para el autor, expresa por esa razón los valores básicos aceptados por la comunidad política. Es un instrumento de la seguridad jurídica de los ciudadanos. Gomes Canotilho (2003), que sigue el mismo camino que Jorge Miranda, nos llama la atención para un futuro que está conectado a las relaciones sociales y, por eso cree en una idea de constitución que amplía la tarea del Estado y de la incorporación de los fines económicos y sociales, estos están vinculados a las instancias de regulación directa. En consecuencia, tenemos una constitución dirigente.

José Alfredo Baracho (1979) parte de la idea de que el Estado tiene la misión de ser un Estado de Justicia, y por esta razón su comprensión sobre la constitución está basada en los valores fundamentales que deben ser seguidos por todos los ciudadanos, gobierno y poderes. Bonavides (2014) va un poco más lejos y reconoce que el Estado Constitucional moderno da autoridad a los tribunales y a los ciudadanos y, de esa manera, reconoce que la soberanía popular tiene como misión ordenar y fiscalizar los poderes, por eso la constitución normativa es responsable para dar límite al poder.

En síntesis, sobre el debate del concepto de constitución, en términos históricos, es posible decir que forma parte de la modernidad – estado liberal en los siglos XVII y XVIII. Es a partir de este momento que tenemos un modelo ideal de constitución con la centralidad en el límite del ejercicio del poder, institución de los derechos fundamentales y normas que organizan el Estado. De esa manera la constitución tiene la tarea de organizar poderes y conceder límites a su ejercicio. Es lo que el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 conceptúa.

La consecuencia de ese pensamiento fue el declive del positivismo que, a partir del siglo XX, con el surgimiento de ideas como la limitación democrática y la igualdad material

entre los ciudadanos, aparecen nuevas percepciones sobre el tema de la constitución y su significación concreta en la vida del pueblo.

La primera idea está en la concepción sociológica de la constitución centrada en los factores sociales. El debate de la libertad y de la igualdad formal sobre la realidad social se intensifica en la comprensión de que la constitución debe ser fruto de la realidad de las personas. Dentro de los pensadores que se ocupan del tema está Ferdinand Lasalle (1863) que defiende que la esencia de la constitución es la realidad social y no las normas. Por otro lado, la teoría kelseniana (1953) se vincula al movimiento positivista que trata el derecho y la justicia como esferas distintas y antagónicas, independientes una de la otra. De esa manera, el objetivo de Kelsen es construir una ciencia jurídica “pura”, libre de la axiología y otras ciencias sociales.

Kelsen organiza los aspectos formales de la constitución y defiende la supremacía de la formalidad. La constitución, para el autor, es un conjunto de normas hipotéticas fundamentales que son siempre un presupuesto para el conjunto de otras normas y es por eso que la constitución tiene la función de albergar las normas que atribuyen poderes a las autoridades estatales y, también, a otras normas de contenido material.

La concepción de constitución que conquista un gran espacio en este debate es la idea de constitución como decisión política fundamental y aquí surge la teoría alternativa de Weimar (1919) en la que se consolida el idealismo liberal. Uno de los defensores que se destaca en ese debate es Carl Schmitt que define el concepto de constitución como una norma suprema apoyada en las decisiones políticas que tienen en el poder político la decisión fundamental responsable para poner fin a los conflictos existentes en la base del régimen. Para el autor la constitución como decisión de la política no es una mera participación es un acto de voluntad que revela la decisión del poder constituyente.

José Afonso da Silva apunta que el objetivo básico de la constitución es establecer límites al poder:

*[...] não como fim em si mas como garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana [...] expressão da soberania popular, apresentada em um texto escrito, elaborada por um Poder especial, acima dos Poderes constituídos, não susceptível de ser modificado pela legislatura ordinária e, assim, dotado de supremacia na ordem jurídica*¹⁴⁹

El mismo autor indica que la Constitución es un sistema de reglas jurídicas, conectado a las realidades sociales y, por eso está envuelto en un conjunto de valores. Es en ese sentido que Silva se aproxima de Heller (2004) cuando reconoce que el contenido de la constitución está formado por valores sociales. Para Silva el Estado real es aquel que tiene su constitución fundada en la experiencia cultural, en las tradiciones de la población.

De esa manera, la constitución para Silva es el modo de existir del estado, es lo que nosotros llamamos de constitución material que desde la constitución imperial de 1824 en su artículo 178 es evidente. Silva afirma que: “[...] *constitucional é o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos, e aos direitos políticos individuais do cidadão*”¹⁵⁰. Por otro lado, para Carl Schmitt sólo las precisiones constitucionales que consagran decisiones políticas fundamentales forman parte del concepto de constitución. Lo que Silva entiende es que el contenido de la constitución:

*[...] estabelece forma escrita, a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição de poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar regime político e disciplinar os fins socioeconômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.*¹⁵¹

Silva sintetiza constitución como el modo de existencia del estado en la que la manifestación del poder debe ser ejercida por alguien que obedece ciertas reglas y métodos que garantizan la existencia del Estado Democrático de Derecho. En el contexto brasileño, desde la primera constitución de 1824 tenemos en su artículo 178 la determinación de que “[...] *constitucional é o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais do cidadão*”¹⁵².

¹⁴⁹ J. Afonso da Silva, “Teoria do conhecimento constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 78.

¹⁵⁰ J. Afonso da Silva, “Teoria do conhecimento constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 54.

¹⁵¹ J. Afonso da Silva, “Direito Constitucional Positivo”, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015. p. 86.

¹⁵² J. Afonso da Silva, “Direito Constitucional Positivo”, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015. p. 44.

Para Silva lo que Carl Schmitt llama de las decisiones políticas fundamentales es, de hecho, la constitución en el sentido material. Esto es diferente de cuando nos referimos a la ley en el sentido formal de la constitución. Para Schmitt apenas los procesos constitucionales consagran decisiones políticas fundamentales, forman parte del concepto de la constitución.

Sobre el contenido de la constitución, Silva apunta que las normas constitucionales definen la estructura, la organización de los órganos, el modo de adquisición del poder, la forma de su ejercicio, los límites de actuación del poder, la manera de asegurar derechos y garantías de los individuos y, finalmente, fija los fines socioeconómicos y los derechos sociales y culturales. Dentro de ese conjunto de derechos está el derecho a la vivienda social, que es el objeto de nuestro trabajo.

A esa definición del conjunto de las reglas constitucionales, Bonavides añade que para que funcione normalmente el sistema constitucional es necesario un orden de valores sobre el cual reposan las instituciones y, ese orden de valores está definido por los principios constitucionales. Este orden de valores da la tonalidad, el sentido de las normas, es la luz que dirige no sólo el contenido, sino también la efectividad de los derechos. En ese sentido, este orden de valores es el espíritu constitucional que dirige la actividad del Estado administrativo en sus funciones.

Paulo Bonavides, desde el punto de vista formal, reconoce que la constitución material está formada por un conjunto de normas referentes a la organización del poder, de la competencia, de la forma de gobierno y de los derechos humanos fundamentales. Esto es también el contenido básico del funcionamiento de la política y es lo que ofrece materialidad a la constitución. Es la misma concepción que tienen otros autores.¹⁵³

En este contexto, Herman Héller tiene una gran importancia porque es capaz de unir lo estático de la constitución con la dinámica del poder y de la administración. Empieza por el concepto de la constitución como política total que demuestra una indisoluble conexión entre el mundo real y el mundo cultural. O sea, entre el mundo del ser y el mundo del deber ser.

¹⁵³ P. Bonavides, “Ciência política”, São Paulo, Malheiros, 2016.

La constitución para Heller posee un carácter relativamente estático. La constitución es el producto y no el proceso. La constitución tiene una forma abierta, es el camino por el cual pasa la vida. La normalidad, para el autor, es el ser y la normatividad es el deber ser que están incluidos en el mismo texto constitucional. Es decir, la constitución es el deber ser y el ser al mismo tiempo. De esa manera, el autor defiende que la constitución normativa y la no normativa es el contenido parcial de la constitución total en la cual integra el ser y el deber ser constitucional.

Para Heller el Estado es la forma organizada de la vida cuya constitución se caracteriza, no solo por la conducta normativa y jurídicamente organizada de sus miembros, sino también por la conducta no normativa que a pesar de esto está dentro de un orden.¹⁵⁴

En síntesis, es posible concluir que tenemos una evolución histórica de las teorías de la constitución en las que su concepto fue evolucionando a partir de la realidad social. De manera que podemos decir que constitución, a través de la historia transcurrida, es el cuerpo de las normas superiores de un país, depósitos del sentimiento de un pueblo y por eso no puede ser sólo un documento escrito desconocido por los ciudadanos que está dissociado de la realidad. La Constitución, por todo lo expuesto, es la forma viva expresada en el texto normativo.

La idea de constitución como fundadora de derechos y organizadora de un estado, dotada o no de plenitud, no está equivocada. El problema siempre fue entender la constitución no como un mero texto escrito en una hoja de papel. La constitución posee una gran importancia en el ordenamiento jurídico y no hay ninguna distancia en este sentido de la comprensión de Kelsen como pirámide normativa.

La constitución está conectada permanentemente con la realidad social, así lo entienden Carl Schmitt, Rudolf Smend, Hermann Heller, Konrad Hesse y Friedrich Müller y, por eso, estos autores tienen una gran relevancia histórica. Sus estudios sirven para robustecer

¹⁵⁴ H. Heller, “Teoría del Estado”, Madrid/Granada, Editorial Comares, 2004.

la consolidación de los pilares básicos de nuestro modelo constitucional. El contenido de estos pilares es, básicamente, los valores y los derechos de los ciudadanos.

Para finalizar el debate, escogimos la contribución de José Luis Monereo Pérez al respecto de Hermann Heller¹⁵⁵ para quien la constitución está compuesta por la norma y por la realidad social y cultural del país. Lo que es diferente al concepto de constitución limitado a la norma fundamental. Para Héller lo que es fundamental es la cooperación entre los ciudadanos, cada uno de ellos tiene la intención de mantener la estabilidad democrática, es aquí donde se encuentra el núcleo de la efectividad constitucional que rodea el debate contemporáneo.

No obstante, alargando la lectura del movimiento constitucional contemporáneo algunos autores se ocupan del mismo problema discutiendo la cuestión de lo que llaman el nuevo constitucionalismo que se ocupa, en términos generales, de la interpretación constitucional.

Luís Roberto Barroso se dedica al tema y nos ofrece su contribución para consagrar la constitución democrática como un modelo victorioso y, en consecuencia, reconoce un Estado Constitucional, o un Estado Democrático de Derecho en el que el constitucionalismo corresponde al Estado de Derecho y la democracia corresponde a la soberanía popular, la voluntad de la mayoría.¹⁵⁶ Esto es el contenido del constitucionalismo democrático que está basado en los derechos fundamentales. Es decir, un estado fundado en la cooperación de las personas libres e iguales.

La constitución del Brasil se consagra, por eso, como un símbolo de una historia de éxito en la que es evidente la transición del modelo autoritario al modelo democrático de derecho. El resultado de esta transición es un país que tiene potencial para vivir y desarrollar un crecimiento económico y social sin perjudicar la efectiva atención a los derechos individuales y sociales. En este sentido Barroso afirma que:

¹⁵⁵ J. Luis Monereo Pérez, "Hermann Heller: Teoría del Estado. Edición y estudio preliminar – 'La Teoría Político-jurídica de Hermann Heller'", *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Núm. 128, Madrid, abril-junio (2005). p. 371-400.

¹⁵⁶ L. Roberto Barroso, "Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo", 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.

*A Constituição de 1988 foi o rito de passagem para a maturidade institucional brasileira. Nas últimas décadas, superamos todos os ciclos do atraso: eleições periódicas, Presidentes cumprindo seus mandatos ou sendo substituído de forma constitucionalmente prevista, Congresso Nacional em funcionamento sem interrupções, Judiciário atuante e Forças Armadas fora da política.*¹⁵⁷

En este ambiente constitucional, surgido en 1988, se proclama una constitución que es el fruto del protagonismo de una sociedad civil que se esfuerza para recuperar las libertades públicas a través del ejercicio de la participación popular. Lo que es posible decir de ese momento es que la sociedad vive un ciclo continuo de desarrollo económico y social que posibilita la inclusión del artículo 182 de la Constitución que garantiza la política y el desarrollo urbano. Es en este contexto de desarrollo urbano que la vivienda gana fuerza de efectividad con una política específica de regularización territorial. Trataremos de una manera más profunda este tema en el capítulo 3.

La constitución brasileña de 1988 surge en un contexto débil, según Barroso, para que se realice, de hecho, el Estado de Derecho en el que es perceptible una distancia abismal entre el texto constitucional y la realidad, entre el deber ser y el ser. Es exactamente en este contexto en el que tratamos la fuerza normativa de las normas y de los principios constitucionales de la constitución de 1988 y, por lo tanto, de los principios de la administración pública para ejecutar los derechos de los ciudadanos. Tenemos que resaltar que estamos hablando de una realidad reciente, sin tradición.

Konrad Hesse, para quien la constitución tiene una relación entre los poderes económico, social y político,¹⁵⁸ hace una reflexión sobre la fuerza normativa de la constitución en un diálogo con el concepto de Ferdinand Lasalle (1862) que entiende que, sobre la mirada constitucional, existe una fuerza entre los poderes del país fruto de las relaciones sociales y que esa relación presenta claramente la existencia de una constitución real y una constitución formal. La formal está constituida de las normas que están sometidas a las relaciones sociales, a la constitución real. Esa constitución real presenta, para el autor, la fuerza operativa que condiciona las leyes y las instituciones jurídicas de la sociedad.

¹⁵⁷ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 110.

¹⁵⁸ K. Hesse, “Escritos de Derecho Constitucional”, introducción y traducción de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

Para Hesse la fuerza directora, reguladora y ordenadora de la efectividad de las normas constitucionales está en constante relación con las fuerzas sociales, económicas y políticas. Lasalle añade a la idea de Hesse que cuando tenemos un conflicto entre la realidad social y la constitución real escrita, esta última será sometida al poder efectivo que existe en la sociedad.

Por eso siempre tenemos un dilema: las normas están sometidas a los poderes y estos poderes son incapaces de controlar la realidad social que será siempre más activa que el propio poder oriundo de las normas. En otras palabras, las normas jurídicas están siempre cediendo a la realidad. Por lo tanto, siempre habrá una tensión necesaria entre las normas jurídicas constitucionales y la realidad de la sociedad.

No podemos estar completamente de acuerdo con Lasalle cuando dice que la realidad social predomina constantemente sobre la realidad formal. Si fuera así, las normas constitucionales escritas perderían el valor dentro del ordenamiento jurídico central. Para nosotros la constitución jurídica no sólo es la expresión de la realidad, sino también la expresión del carácter normativo que solamente podrá ser modificado por la enmienda constitucional y no por el cambio de la realidad. Es decir, los poderes social y político son importantes y, en la convivencia con la constitución jurídica normativa, son complementares y no antagónicos.

La constitución puede, en ese sentido, dar forma y modificar la realidad ya que cuando las fuerzas sociales no coinciden con la fuerza normativa de modo que perjudique la existencia de la norma la solución será siempre la reforma constitucional y no la sumisión de la norma al cambio de la realidad.

Para encontrar el equilibrio entre la fuerza de las relaciones sociales y de las normas es necesario encontrar el límite de cada una. De esa manera la norma constitucional no tiene una existencia propia, necesita el beneplácito de la sociedad, el consenso social en torno a la importancia de su existencia, a su función coordinadora y, por eso, limitador de la

interferencia de la realidad. La verdad es que existe una interdependencia entre las dos fuerzas que es capaz de coordinar la relación entre las dos.

Para que se logre el éxito en este equilibrio es necesario el reconocimiento de condiciones técnicas, económicas y sociales en cada situación. Por eso, solamente se alcanzará el objetivo cuando se tengan en cuenta estas condiciones técnicas, económicas y sociales. Estas condiciones deben ser entendidas como valores sociales y culturales del pueblo. Estos valores confirman la autoridad de las normas constitucionales y, como ya hemos dicho antes, la realización de las normas constitucionales necesita las condiciones técnicas, económicas y sociales. En este momento es posible decir que tenemos una interdependencia entre la constitución normativa y la constitución real en la que las normas jurídicas dependen de la fuerza de la realidad para su vigencia y el alcance de su fuerza normativa.

Dentro de esta interdependencia entre la constitución normativa y la constitución real hay también una interdependencia entre límites y posibilidades. Estas interdependencias deben estar siempre conectadas a la realidad de manera que una constitución política sólo puede existir si se reconoce la realidad histórica que se relaciona con la normalización jurídica. Para esto es necesario que la constitución consiga corresponder a la seguridad jurídica. Todo esto se realiza cuando hay una incorporación de las fuerzas sociales, económicas y políticas en la realidad del Estado.

Sobre lo expuesto, Hesse confirma que “el desarrollo óptimo de la fuerza normativa de la Constitución no es solamente una cuestión de contenido, sino [...] de praxis constitucional”¹⁵⁹.

Para el mismo autor “[...] resulta de fundamental importancia para la preservación y la consolidación de la fuerza normativa de la Constitución la interpretación constitucional. Esta se encuentra sometida al mandato de la realización óptima de la norma”¹⁶⁰. Por esta

¹⁵⁹ K. Hesse, “A força normativa da Constituição”, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2009. p. 86.

¹⁶⁰ K. Hesse, “A força normativa da Constituição”, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2009. p. 87.

razón, el desarrollo de la fuerza normativa de las normas es una cuestión de contenido y de práctica constitucional.

La eficacia de la realización de la norma constitucional, para Hesse (2011), está condicionada por las relaciones sociales y es exactamente por eso que el reconocimiento de la interdependencia de las fuerzas normativas con las fuerzas sociales, políticas y económicas es muy importante. Es en esta interdependencia que la interpretación tendrá que reconocer, *sine qua non*, las dos fuerzas que observan el contenido normativo y, al mismo tiempo, las transformaciones sociales sin sacrificar el precepto constitucional.

En síntesis, Hesse concluye:

La Constitución no es independiente de las circunstancias históricas concretas de su tiempo. Pero, tampoco es pura y simplemente dependiente de ellas. Y en caso de conflicto entre la realidad histórica y el contenido de sus normas no tiene que ser necesariamente la más débil. Existen, por el contrario, presupuestos realizables bajo los cuales la constitución jurídica puede mantener su fuerza normativa incluso en caso de conflicto. Solo cuando estos presupuestos no se atienden, devienen las cuestiones constitucionales, cuestiones del poder, debiendo ceder la constitución jurídica ante la constitución real. Pero esto no autoriza a negarla [...]. Pues la fuerza normativa de la Constitución es solo una de las fuerzas cuya operatividad resulta la realidad política.¹⁶¹

En este contexto García de Enterría (2006) entiende que en el modelo europeo, hasta la segunda guerra, la constitución no era vista como norma que tuviese una fuerza normativa capaz de ser invocada en el tribunal.¹⁶² O sea, su propensión era de una mera provocación al poder legislativo, sin cualquier fuerza normativa capaz de hacer frente al poder judicial. Es decir, en el poder judicial no se reconocía cualquier posibilidad de realización del contenido constitucional, sólo en el caso de que se tratase del contenido de los actos administrativos. Aunque en los Estados Unidos siempre se ha reconocido, desde su origen, la constitución como fuerza normativa exigible en los tribunales.

¹⁶¹ K. Hesse, “A força normativa da Constituição”, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 2009. p. 89/90.

¹⁶² E. García de Enterría, “La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica”, *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 6, nº 21, enero/diciembre 2011.

La constitución se modifica a lo largo del siglo XX, ante una constitución consagrada en el siglo XIX como un documento eminentemente político. En este contexto de transformación la eficacia de las normas superiores se reconoce como fuerza normativa con potencial para producir efectos en el mundo de los hechos. Ruy Barbosa influenciado por la doctrina americana reconoce que las normas constitucionales son autoejecutables.

No obstante, es necesario señalar la reflexión de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para el que el derecho se ocupa en primer lugar del carácter normativo que ordena principios abstractos que serán impuestos a la realidad con el fin de producir beneficios. Al mismo tiempo¹⁶³, Barroso nos llama la atención para la cuestión de los valores protectores de la realidad práctica que están en el campo de la política en la que una vez es tomada la decisión por el poder legislativo ésta se formaliza a través del derecho. Por lo tanto, es aquí que el derecho asume su lugar de armonizador de la realidad social. De esa manera, se confirma el poder de la norma jurídica que en su conjunto constituye el derecho objetivo¹⁶⁴.

Si profundizamos en el concepto material de la ley, aunque no es este nuestro objetivo, observamos que la interpretación de Barroso es muy importante porque comprende que la norma constitucional es: “*independente de hierarquia, consistindo no ato jurídico emanado do Estado com caráter de regra geral, abstrata e obrigatória, tendo como finalidade o ordenamento de vida coletiva*”¹⁶⁵. O sea, la norma tiene el carácter de operatividad en los términos definidos por Kelsen y Duguit¹⁶⁶ en los que reconocen que las normas jurídicas son normas que se imponen.

En síntesis, podemos decir que la construcción comprendida por Barroso contempla lo que pensamos sobre la fuerza normativa de las normas constitucionales. Él reconoce que la esencia está en la efectividad que es aplicable, directa o indirectamente, a la extensión

¹⁶³ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Análise sistemática do conceito de ordem econômica e social nas Constituições dos Estados democráticos”. Tese apresentada no VIII Congresso brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987.

¹⁶⁴ L. Roberto Barroso, “O direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, São Paulo, Renovar, 2006.

¹⁶⁵ L. Roberto Barroso, “O direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, São Paulo, Renovar, 2006. p. 74.

¹⁶⁶ P. Marie Nicolás León Duguit, “Fundamentos do Direito”. Trad.: Márcio Puglisi, São Paulo, Martin Claret, 2013. El autor, en sus estudios teóricos reconoció que el hombre es un animal social y reconoció también que ciertas reglas de conducta son esenciales para la vida de la sociedad.

máxima de su densidad normativa. Las normas constitucionales, en su conjunto, desde el punto de vista jurídico, son siempre normas fuente de derechos y obligaciones y, desde el punto de vista científico dogmático, el derecho constitucional conquista un lugar propio como objeto autónomo. Lo que institucionalmente requiere un discurso normativo, científico y jurídico al mismo tiempo, como fruto de su trayectoria histórica.

Por otro lado, Paulo Otero nos advierte de una cierta debilidad sobre la fuerza normativa de algunas normas constitucionales ya que algunas de ellas necesitan de una interposición legislativa, como es el caso de la norma constitucional que define el derecho social a la vivienda.¹⁶⁷ Desde esta perspectiva, realmente podemos decir que existen dos tipos de normas constitucionales: las que son dotadas de aplicabilidad directa y por esta razón poseen fuerza jurídica relevante y las que tienen menos fuerza jurídica. Es por todo esto que deducimos que hay una cierta prevalencia de las normas dotadas de fuerza jurídica directa sobre las normas que necesitan intervención legislativa para su efectividad. Las normas con menos fuerza jurídica son las que José Afonso da Silva llama de normas programáticas.

Paulo Otero clasifica las normas constitucionales en una jerarquía de más o menos fuerza. Lo que nos permite concluir que el texto constitucional agrega normas de eficacia inmediata y normas de carácter programático, aunque todas poseen un *plus* que determina los poderes del estado y dirige su actuación en el sentido de atribuir eficacia a la norma de una forma plena o no. Este es el caso de los derechos sociales puesto que su máxima eficacia reclama, generalmente, actividades legislativas complementares que disciplinan la manera como el estado debe actuar.

Lo que nos permite decir que en el propio positivismo constitucional el derecho puede estar reducido a la norma, aunque siempre debe alcanzar un nivel de efectividad que sea tan fuerte que pueda ser reconocido como un nuevo constitucionalismo. Este nuevo constitucionalismo está en la centralidad del ordenamiento jurídico. La constitución de 1988 protagonizó esta idea porque fue el fruto del ejercicio de la ciudadanía en un proceso histórico sorprendente que elevó a los derechos subjetivos fundamentales, individuales y sociales a dos

¹⁶⁷ P. Otero, “Legalidade e administração pública”, Coimbra, Almedina, 2007. p. 566.

tipos de reglas: uno inmediatamente exigible y otro de carácter programático dependiente de otras normas para que tuviera efecto. Esta división, como ya nombramos más arriba, está reconocida por Silva como normas de aplicación inmediata y normas programáticas, dependientes de una posterior iniciativa legislativa.¹⁶⁸

El paso siguiente a esta comprensión es lo que se denominó pospositivismo que tiene en su esencia la idea de reconocer los valores constitucionales. Las características básicas de esa nueva construcción, el pospositivismo, están basadas en la idea de que la fuerza normativa de las normas constitucionales ocupa un lugar de destaque que trae no sólo la centralidad de la constitución, sino también la posibilidad efectiva de aplicación de las normas constitucionales. Dentro de ellas está el derecho social a la vivienda objeto de nuestra investigación. Por esa razón el legislativo reglamenta en el artículo 182 de la Constitución, con el título de política urbana, el ordenamiento de la ciudad.

Es dentro de ese contexto que se percibe la urgencia de la reglamentación de los territorios informales e ilegales, situación en la que se centra nuestra investigación, el derecho a la vivienda social urbana. Estos territorios, en su mayoría, están localizados en áreas de interés social. En ese sentido, el centro de nuestra investigación tiene el objetivo de verificar en qué medida los principios de la eficiencia pública y de la dignidad humana pueden influir en la efectividad del derecho a la vivienda social urbana.

Para finalizar, la constitución pasa a usar la supremacía material de sus normas al lado de la supremacía formal potencializada por la abertura de un sistema jurídico y por la normatividad de los principios que dan a la constitución una nueva comprensión de su esencia como ordenes de valores que interfieren en la aplicación de sus normas dentro de un movimiento jurídico dirigido por la constitución.

De esa manera, tenemos no sólo una constitución como norma, sino también como valor, como dirección interpretativa de todo el ordenamiento jurídico. Por eso se justifica que

¹⁶⁸ J. Afonso da Silva, “Comentário contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

la efectividad del derecho a la vivienda social esté dirigida por principios que influyen directamente el propio sentido de las normas.¹⁶⁹

2.2 Democracia y derechos sociales

En el presente punto, en primer lugar, vamos a localizar históricamente los derechos fundamentales y, en este contexto, los derechos sociales sobre los términos de su inclusión en las constituciones y a partir de ahí introducirnos en la experiencia del Estado Brasileño, un Estado que se denominó Democrático de Derecho en 1988. Dentro de esa experiencia, localizar los términos constitucionales de los derechos sociales, como la reconfiguración en un nuevo orden urbanístico que marcó su inclusión en el orden urbano a través de la Ley 10.257 de 2000. Claro está que el objeto de estudio es la vivienda y por eso, en términos de derecho y de políticas públicas, la centralidad es la vivienda. Por último, resaltamos que el prisma utilizado para esta lectura son los principios de la dignidad humana y la eficiencia pública.

El Derecho es el instrumento, por excelencia, capaz de ordenar las relaciones de los individuos; su consecuencia lógica es la de seguir, ordenar y proteger la vida de las personas en sociedad. Pérez Royo reconoce que: “El Derecho es un instrumento para ordenar las relaciones de los individuos en sociedad. El derecho tiene, en consecuencia, que seguir a los individuos por todos los caminos que transitan en su vida en sociedad”¹⁷⁰.

En términos constitucionales, el mismo autor indica que:

Únicamente hay un momento en el mundo del Derecho en el que se contempla a cada individuo no en lo que tiene de diferente, sino en lo que tiene de igual a todos los demás. Ese es el Derecho Constitucional. Para el Derecho Constitucional el

¹⁶⁹ Sobre esta materia podemos presentar, entre otros, los siguientes autores: Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “Mutação do direito administrativo”, 2000; Celso Antonio Bandeira de Mello, “Curso de direito administrativo”, 2003; Odete Medauar, “Direito administrativo moderno”, 1998; Gustavo Binbenbom, “Da supremacia do interesse publico ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo”, *Revista de direito administrativo* 239: 1:2005; Daniel Sarmiento (Org.) “Interesse público versus interesse privado”, 2005; Humberto Avila, “Repensando o principio da supremacia do interesse público sobre o particular”, *Revista Trimestral do Direito Público*, 24:159,1999.V. tb.

¹⁷⁰ J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 20.

individuo es *exclusivamente* ciudadano. (...) Para el Derecho Constitucional el individuo es simplemente ciudadano, esto es, titular de derechos fundamentales en condición de igualdad.¹⁷¹

El Estado Constitucional, para Pérez Royo: “La definición del Estado como poder es la que determina el contenido y estructura del Derecho Constitucional, que no consiste sino en la exposición de cómo avanza el Estado en su proceso de jurisdicción”¹⁷². Lo que deja muy claro es que el tipo de Estado determina el modelo Constitucional y, en este sentido, en el modelo Democrático de Derecho.

Sin embargo, el contexto de la inclusión de los derechos sociales en los textos constitucionales remite al Estado Social de Derecho. En este sentido, Soriano García nos advierte que los derechos pueden dar límites al Estado:

[...] pero dentro de esos límites sigue siendo poder de dominación. El Estado puede ser democrático, y fundar el poder público en voluntad popular: el Estado sigue siendo poder de dominación y solo queda sometido al principio democrático el modo de su constitución y de su ejercicio. El poder del Estado en cuanto tal, en todas las Constituciones, es el mismo.¹⁷³

Para Soriano García, el principio democrático puede presentarse:

[...] por dos vías: la vinculación a objetivos populares y la teoría de la participación. En cuanto a la participación, nos atenemos a lo que se expresará inmediatamente y que, realmente, es un elemento como se verá que ha quedado reducido a un nivel prácticamente de técnica jurídica. [...] Todo por el pueblo. Pero salvo que se entienda que hay que dar un paso potenciando los mecanismos asamblearios, la expresión se diluye directamente en el propio principio de Estado de Derecho, el cual concibe en modo alguno la norma si no es emanada de un Parlamento elegido democráticamente.¹⁷⁴

Sobre la expresión democrática nos llama la atención, enfáticamente, Soriano García:

¹⁷¹ J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 21.

¹⁷² J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 51.

¹⁷³ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 131.

¹⁷⁴ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 134.

Por consiguiente: si lo que se quiere decir con la expresión democrática es que la ley tiene que proceder de un Parlamento elegido democráticamente, concedido sin paliativos. Pero, para ese camino no es necesaria esta alforja. Ya está incluido, sin matizaciones, en el propio concepto de Estado de Derecho. Y por tanto es un añadido innecesario, irrelevante y, en cuanto oscurecido del verdadero y prístino Estado de Derecho, es un adjetivo desorientador y por tanto, peligroso.¹⁷⁵

Por todo esto el autor concluye que el Estado de Derecho es un Estado “de razón jurídica basada en una cultura política democrática” en la que afirma el autor: “Sin democracia no existe, ni siquiera por aproximación, nada que se parezca al Estado de Derecho”¹⁷⁶. O sea, la Democracia ofrece la tonalidad más importante del Estado de Derecho en la actualidad.

Además, Otfried Hoffe añade que en el sistema democrático el pueblo no está solamente reconocido como un electorado temporal, sino como actor político diario, aunque no pueda decidir siempre de manera directa¹⁷⁷. Y es en este contexto que reflexionamos sobre la Democracia y los Derechos en un punto específico sobre los principios definidores de esa realidad, o sea, la dignidad humana, la soberanía popular y la eficiencia pública. Es de lo que tratamos en el final de este capítulo.

Los derechos fundamentales, históricamente, se construyen con el fundamento en el principio de la dignidad humana y vinculados directamente a una matriz liberal occidental reconocida por la mayoría de los autores que trabajan sobre el tema.

Desde el punto de vista histórico los orígenes de los derechos fundamentales aparecen mucho antes, antes del debate de la Democracia. Los derechos individuales de los hombres pueden ser apuntados en el antiguo Egipto y Mesopotamia, en el tercer milenio a.C; en el que ya eran reconocidos algunos mecanismos de protección individual de cara al Estado. Un ejemplo muy conocido por nosotros es el Código de Hammurabi (1690 a.C.) que tal vez sea la primera codificación que consagra los derechos individuales a todos los hombres, como

¹⁷⁵ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 135.

¹⁷⁶ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 136.

¹⁷⁷ O. Hoffe, “A Democracia no Mundo de Hoje”, Trad. Tito Livio Cruz Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

vida, propiedad, honra, dignidad, familia. Todos con el fundamento en la supremacía de la ley con relación a los gobiernos.

Aunque, más tarde, con una concepción diversa de la actual, encontramos el caso de Grecia y además varios estudios sobre igualdad y libertad del hombre con las previsiones de participación política de los ciudadanos como ejercicio de la democracia directa.

En términos históricos, sobre la relación de los derechos fundamentales con las constituciones, Díez-Picazo afirma que:

La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control de poder político por medio del derecho. Ello es claro ya en las primeras declaraciones de derechos: el *Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra; las declaraciones de ex colonias norteamericanas – sobre todo, la de Virginia de 1776- y las primeras diez enmiendas a la Constitución federal, en los Estados Unidos; la Declaración des *droits de l'homme et du citoyen* de 1789, en Francia. Todas ellas fueran producto de las grandes revoluciones liberales que, frente al absolutismo, dieran vida al constitucionalismo moderno. Desde las declaraciones de derechos han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados. Puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Así, las declaraciones de derechos son, junto a la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos, uno de los grandes temas de todo el constitucionalismo.¹⁷⁸

El contexto hasta aquí descrito encamina el contenido de los derechos fundamentales que ocupan las próximas páginas del presente trabajo. Para Bonavides las normas constitucionales expresan el deber-ser, confiriendo derechos e imponiendo deberes. La Constitución reconoce que los derechos fundamentales son “[...] *direitos e garantias constitucionais, como direitos subjetivos e exigíveis juridicamente, que se revelam basicamente nas normas de direitos fundamentais da pessoa humana*”¹⁷⁹.

Por lo tanto, el mismo autor reconoce que: “*Sempre que um bem inerente à pessoa humana se encontra oprimido ou ameaçado surge a necessidade de sua proteção jurídica, e,*

¹⁷⁸ L. María Díez-Picazo, “Sistema de derechos fundamentales”, 4ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2013. p. 25.

¹⁷⁹ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 139.

*então, esse bem adquire os contornos de um direito fundamental, a requerer reconhecimento constitucional”*¹⁸⁰.

Dando continuidad a la misma reflexión, Celso Lafer presenta la versión brasileña de la obra de Norberto Bobbio cuando hace la conexión entre derechos humanos y democracia: *“Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico; sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”*¹⁸¹.

Bobbio, al hacer la introducción de su propia obra, en Turín, en octubre de 1990, sobre el derecho del hombre indica que:

*O problema é estreitamente ligado aos da democracia e da paz, [...] O reconhecimento da proteção dos direitos do homem está na base das constituições modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. [...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia e a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.*¹⁸²

Ahora bien, en los Estados que optaron por la democracia y, por consiguiente, por la obediencia a la ley que es democrática, fruto de la participación del pueblo, a los derechos fundamentales les dedicaron un espacio de centralidad en sus constituciones. Aunque la historia de cada Estado tiene su diferencia que depende de la manera en la que las constituciones albergaron los derechos fundamentales. En el caso de Brasil, por ejemplo, debido a la participación activa de la sociedad, el bloque de los derechos fundamentales constitucionales es muy grande abarcando, incluso, los derechos sociales que al contrario de España no son derechos fundamentales, sino principios rectores.

¹⁸⁰ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 139.

¹⁸¹ C. Lafer; A. Filippi, “A presença de Bobbio – América Espanhola, Brasil, Península Ibérica”, São Paulo, Unesp, 2004, p. 1.

¹⁸² N. Bobbio, “A era dos direitos”, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 21.

Lo cierto es que el proceso de la construcción de la democracia, en cada país, ofrece los términos del modelo de los derechos sociales constitucionales, o sea, los derechos albergados por las constituciones. En este sentido, según Lafer, cuando Bobbio habla sobre los derechos de los hombres dice que los derechos sociales son fruto de la madurez, de las exigencias sociales que alargaron el significado de los valores ligados al bienestar, a la vida digna, a la igualdad de lo que llamó el autor de libertad a través del Estado.

El mismo autor sintetiza que la Declaración Universal de los Derechos de los Hombres de 1948 es la síntesis de la consciencia universal histórica de los valores fundamentales de la humanidad consubstanciado en la segunda mitad del siglo XX. O sea, es la síntesis del pasado con una inspiración hacia el futuro que, a su vez, alarga el sentido de los valores para abarcar las condiciones de la vida digna de los ciudadanos.

Sin embargo, una teoría general de los derechos fundamentales está siempre condicionada a la evolución de la sociedad humana cuando conquista nuevos derechos que exigen nuevas posturas del Estado y de la población.

Las fuentes fundadoras de los derechos fundamentales, como apunta la doctrina francesa, se inician en la concepción de los derechos naturales como inspiraciones de las declaraciones de los derechos de los hombres. En esta situación, Bonavides apunta que las libertades públicas no consiguieron interaccionar con la problemática social lo que acabó desembocando en la construcción y el reconocimiento de los derechos sociales.

De los autores más destacados se encuentra José Castan Tobeñas que afirma:

[...] destacados iusnaturalistas, aun reconociendo que, al ser el hombre sociable por naturaleza, todos los derechos son, a la vez, individuales y sociales, clasifican los derechos humanos, según su aspecto predominante, en derechos naturales de *carácter privado* (llamados también *individuales*) y derechos naturales de *carácter público* (llamados también *sociales* o *políticos*). Los primeros, dice Luño Peña, se refieren, singularmente y preferentemente, a la persona humana, prescindiendo de toda consideración a la organización jurídica de la sociedad en forma de Estado,

mientras que los segundos corresponden a la persona humana frente al Estado, es decir, dentro de la sociedad políticamente constituida y jurídicamente organizada.¹⁸³

Sobre el problema de las inspiraciones de los derechos fundamentales, Silva concluye que no hay, primariamente, una inspiración que ocurra fuera de las luchas para conquistar derechos. En los momentos en los que las condiciones materiales fueron surgiendo, al mismo tiempo, también surgieron las condiciones subjetivas de su formulación e inclusión en las constituciones de los Estados.

Condiciones que, según el autor, pueden ser históricas, objetivas o materiales. En las declaraciones del siglo XVIII se reconocieron derechos en oposición a los regímenes monárquicos absolutos y, en consecuencia, ocurrió la desaparición del poder absolutista. Para Bonavides (2014), las condiciones subjetivas consistieron en las fuentes inspiradoras filosóficas de la doctrina francesa.

Perez-Luño (1979) resalta que el orden natural y la fe en los valores absolutos individuales de los hombres justificaron las primeras declaraciones dejando en un segundo plano los valores sociales.

No obstante, para Silva, estos fundamentos fueron superados por un proceso de condiciones económicas y sociales que dieron lugar a nuevas condiciones materiales y, por consiguiente, a nuevos derechos: los derechos económicos y sociales. Estos derechos cubiertos por nuevas fuentes, o sea, la doctrina marxista que contó con la doctrina social de la iglesia (aceptada, sobre todo, en América Latina, Brasil), doctrina fundada, originalmente, a partir de los ideales del Papa León XIII, que proclamó la necesidad de pensar *“uma ordem justa, mas ainda dentro do regime capitalista, evoluindo, no entanto, para uma igreja dos pobres, que aceita os postulados de uma democracia de conteúdo social”*¹⁸⁴.

En términos históricos, la primera cuestión sobre los derechos fundamentales es que es posible, a nuestro juicio, apuntar que ellos pueden ser la expresión de los derechos

¹⁸³ J. Castan Tobeñas, “Los Derechos del Hombre”, 2ª ed., Madrid, Reus, 1975. p. 33.

¹⁸⁴ J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros. 2014. p. 446.

humanos. En este sentido, lo expuesto más arriba está reconocido por la mayoría de los autores, entre ellos Bonavides, el cual afirma que: “[...] *o empego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre os autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães*”. Sin embargo, el punto fundamental, tanto para los latinos como para los alemanes, es una vida de libertad y dignidad, lo que es reconocido por Bonavides cuando lee a Konrad Hesse. Y, para concluir, Bonavides entiende que: “[...] *direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais*”¹⁸⁵.

Carl Schmitt, según Bonavides, en primer lugar, clasificó como derechos fundamentales todos los derechos y garantías designados por la constitución y, en segundo lugar, dentro del texto constitucional, declaró el concepto de lo que son los derechos fundamentales: “[...] *aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (unabänderliche) ou pelo menos de mudança dificultada (erschwert), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição*”¹⁸⁶. Esos derechos fundamentales están condicionados, a su vez, al tipo de Estado, o sea, cada Estado posee sus derechos fundamentales garantizados por la constitución.¹⁸⁷

La democracia exige un Estado de Derechos Fundamentales ya que, sin un ambiente, una cultura de derechos fundamentales, no podemos hablar de una verdadera democracia. Así los derechos fundamentales se transforman en la condición *sine qua non* para el funcionamiento de la democracia.

¹⁸⁵ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 514.

¹⁸⁶ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 515.

¹⁸⁷ Sobre el tema de los derechos fundamentales ver: R. Alexy, “Teoria dos direitos fundamentais”, 2ª ed., Traducción de V. Afonso Silva, São Paulo, Malheiros, 2012; C. Schmitt, “Teoría de la Constitución”, Versión Española: F. Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982; I. Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004; F. Konder Comparato, “A afirmação histórica dos direitos humanos”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007; A. Moraes, “Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral”, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011; J. Adércio Leite Sampaio, “Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais”, Belo Horizonte, Del Rey, 2013; D. Sarmento, “Direitos fundamentais e Relações Privadas”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

Habermas, en este sentido, reconoce que existe una conexión intrínseca entre derechos fundamentales y democracia, una fuerza de atracción entre los dos polos, Estado de Derechos Fundamentales y Democracia.¹⁸⁸ Los derechos fundamentales están asociados entre la libertad personal y la libertad política y, así, esta fuerza de atracción es normativa. Por eso, el Estado de Derecho exige la democracia como consecuencia impuesta por el reconocimiento de la igualdad que atraviesa todo el edificio del Estado de Derecho.

En términos de dimensión los derechos fundamentales tuvieron su concepto literalmente de acuerdo con el modelo del Estado de la época, o sea, el Estado Liberal. En términos de limitación de los derechos fundamentales la fundamentación es la ley en su sentido general, o sea, su control esta efectivamente hecho por la ley y, los derechos básicos consagrados como inalienables e imprescriptibles son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

En síntesis, los derechos de primera dimensión son para Bonavides: “[...] *por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual*”.¹⁸⁹

Ahora bien, prosiguiendo el registro de las dimensiones, los derechos de segunda dimensión, siglo XX, se constituyen en los derechos sociales, culturales y económicos, oriundos del modelo del Estado Social, inseridos en los textos constitucionales de manera diversa pero el principio unificador es la igualdad. Estos, en términos más concretos, serán tratados en el próximo capítulo, pero ahora, vamos a localizarlos, desde un punto de vista histórico, en el contexto de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son el producto de las transformaciones sociales y van integrándose al ordenamiento jurídico paulatinamente. Lo que desde el punto de vista histórico Bonavides sintetiza:

¹⁸⁸ J. Habermas, “A inclusão do outro – Estudos de teoria política”, Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo, Edições Loyola, 2002.

¹⁸⁹ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 518.

[...] até o século XVIII, a opressão se fazia pelo poder absoluto dos reis, não deixando espaço à atuação individual – daí que as revoluções constitucionalistas do século XVIII criaram o sistema de constituições escritas, com o fito de limitar o poder e fazer valer as declarações dos direitos do homem e do cidadão, os chamados direitos individuais. Segundo, ainda no século XVIII surgiu a chamada Revolução Industrial, que gerou forte poder econômico a oprimir os trabalhadores, de onde a batalha para criar meios institucionais de sua proteção, daí o sistema de direitos econômicos, sociais e culturais. Terceiro, já no século XX, novos antagonismos apareceram em detrimento da pessoa humana, como a contaminação da natureza, as guerras, a miséria, a requerem proteção especial por meio da positivação de direitos especiais.¹⁹⁰

En este contexto es en el que surgen nuevos derechos de diversas maneras, como por ejemplo, en los Estados Unidos por medio de las decisiones de la Corte Suprema y, en Europa, por medio de la actuación del consejo constitucional.¹⁹¹

Además, sobre los derechos fundamentales Pérez Luño señala que:

[...] se da un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre Estado y Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.¹⁹²

Así el contenido de los derechos sociales tiene que ver y depende del tipo de Estado. La condición económica de cada Estado es la que va a dar soporte material a los derechos, o sea, la condición económica va a integrarse al bloque de los derechos fundamentales (propiedad, libertad...) que definen el sistema de cada uno de los derechos.

¹⁹⁰ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014. p. 440.

¹⁹¹ Muchos autores hablan sobre este momento importante para los derechos humanos fundamentales, como Robert Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Ingo Wolfgang Sarlet, “A Eficácia dos direitos fundamentais”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003; Leonardo Augusto de Andrade Barbosa, “Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther”, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 02, jul./dez. 2008; Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 09, mar./abr., 2007; Ana Paula de Barcellos, “Alguns parâmetros normativos para a ponderação de interesses”, in: Luís Roberto Barroso (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; Thomas Rosa Bustamante, “Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, 2006; Menelick de Carvalho Netto, “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”, in: Marcelo Cattoni de Oliveira (Org.), *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004; Humberto Nogueira Alcalá, “La Interpretación Constitucional de los Derechos Humanos”, Madrid, Marcial Pons, 2009.

¹⁹² A. Henrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007. p. 19.

Pérez Luño indica que:

La concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana [...].¹⁹³

En términos constitucionales, el mismo autor señala que:

[...] los derechos fundamentales desempeñan, por lo tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente proclamados.¹⁹⁴

Sin embargo, es importante señalar que la capacidad pública del Estado de Derecho es la que va a ofrecer mayor nivel de efectividad de los derechos. O sea, el Estado tiene que estar muy bien preparado en términos económicos y organizativos para llevar a cabo los derechos sociales de forma genuina.

Ahora bien, para Soriano García, el proceso para garantizar estos derechos es la combinación del Estado Democrático y el Estado de Derecho, esta es la condición para que se reconozcan los derechos fundamentales. Para este autor, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya reconocía que: “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”¹⁹⁵.

Lo que confirma la importancia de los principios de la supremacía de la ley, esencia del Estado de Derecho, lo que en términos democráticos Soriano García nos hace una importante advertencia: “(...) la Democracia, suelta por sí sola, acaba en populismo, base al

¹⁹³ A. Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007. p. 20.

¹⁹⁴ A. Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007. p. 25.

¹⁹⁵ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 63/64.

fin, de tiranía, aun sin Dictadura en sentido estricto”¹⁹⁶. Además, el mismo autor advierte que: “La técnica de destrucción del Estado de Derecho es siempre igual, no obstante, la elección democrática del destructor consiste, elementalmente, en utilizar el poder de excepción como normal, y, así, deprimir el umbral de resistencia del resto de los Poderes hasta su eliminación”¹⁹⁷.

De este modo, a nuestro juicio, el Poder no es legítimo e, incluso, la garantía de los derechos está amenazada y, porque no decirlo, controlada por el poder de excepción, por el poder despótico que tiene la apariencia del poder democrático, garantizado por el proceso de elección, pero totalmente autoritario, controlador de todo, incluso, de los derechos de las personas.

Sobre el debate de los fundamentos y principios democráticos, relacionado a lo expuesto más arriba, es importante el estudio de Boaventura de Sousa Santos sobre la democracia en términos globales. En este estudio nos llama la atención lo que él denominó de lo global para lo local en el paisaje de la emergencia democrática ocurrida en el siglo XX. El autor nos dice que:

*[...] a democracia assumiu um lugar central no campo político durante o século XX que foi efetivamente um século de intensa disputa em torno da questão democrática [...] envolveu dois debates principais [...] de desejabilidade da democracia (Weber, 1919; Schmitt, 1926; Kelsen, 1929; Michels, 1949; Schumpeter, 1942) y, en segundo lugar, o debate em torno do que chamou ‘das condições estruturais da democracia (Moore, 1966; O’Donnell, 1973; Przeworski, 1985), que foi também um debate sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre a democracia e o capitalismo.*¹⁹⁸

En el primer debate – la deseabilidad de la democracia – el autor presenta la deseabilidad sobre la forma de gobierno, esto se convirtió en el centro de debate al final de las dos guerras mundiales. Este debate obtuvo como resultado una cierta restricción de las formas de participación de los ciudadanos, según el autor, en la que la soberanía fue ampliada a favor

¹⁹⁶ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 65.

¹⁹⁷ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 70.

¹⁹⁸ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 40.

del consenso en el proceso de formación de los gobiernos. En el segundo debate –condiciones de la democracia con la globalización– el autor señala, al lado de la deseabilidad, las condiciones estructurales de la democracia y afirma: “*que foi também um debate sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre a democracia e o capitalismo*”¹⁹⁹.

En una lectura más ampliada, Santos cuestiona la relación entre Estado de Derecho, sometido a la supremacía de la ley, y la globalización. La globalización convenció, muy eficazmente, al Estado para que hiciera una nueva regulación en la que los derechos fundamentales perdieron el lugar de importancia y, el mercado, a su vez, acabó por asumir, en la práctica, el papel de regulador del Estado a su favor. Es decir, los derechos fundamentales pasan a someterse al mercado.

Nuestro interés, en este contexto, se fundamenta en la cuestión de la deseabilidad y de las condiciones estructurales, las cuales, a nuestro juicio, nos pueden ayudar en el tema de los derechos que ya tratamos en el primer capítulo, en el sentido de que su reconocimiento forma parte de la esencia del Estado Democrático de Derecho ya que sólo es posible aceptar la existencia de una Democracia cuando existen derechos fundamentales garantizados.

Ahora bien, los requisitos estructurales para conseguir la afirmación de la democracia no fueron aceptados por todos los países, sin embargo, aquellos países que encontraron las condiciones para esta afirmación tuvieron como resultado una propensión para conseguir una cierta distribución de renta.

En este sentido Santos afirma:

Entretanto, um segundo debate se articulava ao dos requisitos estruturais da democracia, o debate sobre as virtualidades redistributivas da democracia. Tal debate partiu do pressuposto de que á medida que certos países venceram a batalha pela democracia, junto com a firma de governo eles passavam a usufruir de certa propensão distributiva (Przeworski, 1985). Haveria, portanto, uma tensão entre capitalismo e democracia, tensão essa que, uma vês resolvida a favor da

¹⁹⁹ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 40.

*democracia, colocaria limites a propriedade e implicaria em ganhos distributivos para os setores sociais desfavorecidos.*²⁰⁰

Alternativa esa que, reconoce el mismo autor, fue percibida por los marxistas que dieron su contribución política para decir que la solución de distribución podría llevar a otra posibilidad, aunque no se caracterizaría el debate sobre las condiciones democráticas, que fue la propuesta de la democracia participativa. Es decir, la participación del pueblo como condición para la democracia y, en consecuencia, de los derechos fundamentales.

Términos tratados, en el primer capítulo, según Posner, que indican que el modelo participativo en los términos de la construcción marxista no llegó muy lejos, sino que lo que se consolidó fue la democracia representativa, en la que la participación del pueblo se limita al voto, no obstante, la posibilidad participativa más amplia fue garantizada en las constituciones modernas, como la de Brasil, que tienen en su formación principiología el principio de la participación social que será tratado más adelante.

Aunque, según Santos, los efectos distributivos de la democracia se pierden con el desmonte del Estado Social en Europa y se convierten en otra posibilidad para los países de América del Sur, por ejemplo, Brasil, que es la de pensar la democracia en términos estructurales. En este sentido, Santos indica que:

*[...] com o desmonte do Estado do bem-estar Social e com os cortes das políticas sociais a partir da década de 1980 também pareceram invalidas as analises de autores como Perzeworski ou Lipset acerca dos efeitos distributivos irreversíveis da democracia em particular para os assim chamados países em desenvolvimento ou países do Sul.*²⁰¹

Lo que en síntesis quiere decir es que el debate advenido de los países de América del Sur apunta no solamente a una crítica al modelo hegemónico europeo centralizado en la representación, en términos de Posner democracia de las elites, sino a otro problema que es la

²⁰⁰ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 40.

²⁰¹ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 41.

calidad de la democracia, sobre todo, en términos de declaración y reconocimiento del derecho.

Santos llamó a este debate de la calidad de la democracia de “*terceira onda de democratização*” en la que tenemos la pérdida del sentido advenida de la crisis del Estado Social con una degradación de las políticas sociales y, en consecuencia, la pérdida de prácticas democráticas.

Santos señala una doble patología: patología de la participación y patología de la representación, el resultado de estas dos patologías es la desmotivación y el descrédito, como consecuencia hay una depreciación de los ciudadanos en sus representantes. Dentro del contexto de la guerra fría hubo un debate que se dirigió a lo que Santos denominó de debate de la democracia popular versus democracia liberal. Países como Brasil, según el autor, consiguieron recuperar tradiciones de prácticas participativas. Estas prácticas eran locales, sin embargo, contribuyeron de manera significativa en la inclusión de los derechos sociales en la constitución de 1988.

Los términos conceptuales de democracia popular y democracia liberal, según Santos, surgen de un debate en torno a la cuestión de la crisis de la democracia surgida de la desmovilización del Estado Social. El autor nos señala los límites del debate ocurrido a largo del siglo XX, este debate se limitó a concluir que la solución de la crisis ocurrió al haber un abandono del papel de la movilización social alrededor de la construcción democrática y, además, la suposición de que la solución dada por la democracia liberal sería hegemónica hasta el punto de llegar a interferir y definir los términos de las democracias nacionales.

Por esta razón, los mecanismos de participación dentro de la representación fueron perjudicados. Santos hace un trabajo muy importante al recuperar experiencias nacionales, como es la de Brasil, rescatando nuevas sugerencias que hayan podido quedar en las entrelíneas del debate general. Vamos a tratar este tema más adelante.

De cualquier manera, no debemos hacernos ilusiones cuando el tema es la democracia puramente directa. Aunque conozcamos la experiencia de Atenas, sabemos que está contextualizada a un tiempo determinado.

Desde otro punto de vista, Posner critica a los países que optaron por la democracia:

[...] A democracia saiu fora do dia da política do mundo há dois milênios; deve haver uma lição a ser aprendida. Mesmo no século XX, a democracia nem sempre foi a melhor forma de governo. A república de Weimar foi uma democracia de classes, mas a Alemanha e o mundo poderiam ter se saído melhor se continuasse a ser uma monarquia depois da Segunda Guerra Mundial. A Espanha poderia ter se poupado da guerra civil e de Franco, se não fosse uma república. A democracia decepcionou os franceses na década que levou à Segunda Guerra Mundial. De fato, quase todas as democracias falharam fragorosamente no período entre as guerras mundiais e estavam mal preparadas para fazer face à agressão da Alemanha e do Japão.²⁰²

Posner está convencido de que la Democracia directa no pasa de un sueño de sus constructores. En el debate que mantiene con Tocqueville, en defensa del concepto representativo, concluye que la democracia representativa en el caso americano:

[...] descreve melhor o sistema político [...] está distante dos sonhos de democratas deliberativos, mas fornece uma estrutura mais nutridora para a cultura econômica e social distintiva do que a democracia americana descrita por Tocqueville [...] um aumento na democracia, provavelmente, teria que ser comprado com uma redução da liberdade, [...]. Sem uma proteção segura aos direitos à propriedade, o empreendimento comercial é terrivelmente arriscado.²⁰³

Posner descarta la idea de democracia directa, al contrario de Santos que consigue visualizar la perfecta combinación de la democracia directa con la democracia indirecta. Santos se basó en las experiencias de los países de América del Sur, como Brasil, en las que enfatizó la importancia de la participación como pilar de consolidación de la democracia.

²⁰² R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 113.

²⁰³ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 114.

Para que los términos democráticos, defendidos por Santos, tengan sentido es preciso que el pueblo adquiera una consciencia política mayor capaz de votar sin endeudarse con el candidato. Es decir, el ejercicio de la ciudadanía libre, incluso a la hora del voto, sin interferencia económica, y por qué no decirlo, de favores, herramientas utilizadas por los políticos en general.

Posner, al afirmar que la democracia puede que no sea la mejor forma de gobierno, concluye que:

[...] *Se a eleição indireta expressava desconfiança no publico, a separação de poderes e a adoção de uma Declaração de Direitos judicialmente executáveis expressava desconfiança nos representantes, apesar das esperanças dos idealizadores num funcionalismo com consciência cívica alojada na eleição indireta* [...] *A Democracia continua a ser alvo de desconfiança.*²⁰⁴

Para el autor, continuando con el debate sobre la democracia americana considerada, incluso, la cuna de la democracia del mundo, entiende que la democracia americana, en realidad, es más una democracia de elite que una democracia deliberativa. Sobre esta cuestión: la democracia indirecta de las elites –representativa– y, la democracia directa, populista-deliberativa, el autor afirma que: “*O realismo exige que prefiram a democracia representativa em vez da democracia direta. Mas o realismo ensina que representantes eleitos não podem se basear no interesse público para deliberar*”²⁰⁵.

El autor, al hablar sobre el método democrático, apunta que el mayor problema de los idealizadores de la democracia deliberativa fue el miedo que tuvieron de la propia democracia. En términos conceptuales el autor afirma que: “*O método democrático é o acordo institucional para chegar a decisões políticas nas quais os indivíduos adquirem poder para decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto das pessoas*”²⁰⁶.

²⁰⁴ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 115.

²⁰⁵ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 119.

²⁰⁶ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 138.

El mismo autor, al citar a Albert Weale, afirma que:

‘[...] A democracia é um método, mas do que um ideal de cultura política, na qual determinados indivíduos, mais do que o público em geral, adquire o poder para decidir sobre questões de políticas públicas. Seu principal modo de operação, portanto, é uma luta competitiva pelo voto do povo e não discussão e decisão entre as próprias pessoas’.²⁰⁷

Sin embargo, finaliza el autor, al citar a Robert Dahl (1970) que: “*“Democracia parece ser um sistema relativamente eficiente para reforçar o acordo, encorajar a moderação e manter a paz social num povo inquieto e imoderado, operando uma sociedade gigantesca, poderosa, diversificada e incrivelmente complexa”*”²⁰⁸.

El reconocimiento y el ejercicio de los derechos fundamentales, en este contexto, requieren una consciencia obligatoria del Estado que debe garantizar, proteger y respetar a todos los ciudadanos igualitariamente.

Ahora bien, en términos constitucionales, Grimm reconoce:

[...] con el esfuerzo de limitar el poder del Estado en aras de la libertad de los súbditos, que penetra desde de la mitad del siglo XVIII, en la doctrina de lo derecho natural, se estrechó progresivamente el concepto reconstitución, eliminándose gradualmente los elementos no normativos hasta que la constitución apareció únicamente como la situación determinada por el derecho público. Solo con las revoluciones del final del siglo XVIII [...] que abolieran por la fuerza de la soberanía hereditaria y originó una nueva sobre la base de planificación racional y la determinación escrita del derecho se consumó la tradición desde de un concepto de ser a uno de deber ser.²⁰⁹

A partir de este momento, con un nuevo concepto de soberanía, la constitución fue identificada como un conjunto de normas capaces de organizar las funciones del Estado y el ejercicio del poder vinculado a la garantía de los derechos individuales, principalmente, la libertad y la propiedad.

²⁰⁷ A. Weale *apud* R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 138.

²⁰⁸ R. Dahl *apud* R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 140.

²⁰⁹ D. Grimm, “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Trad.: Raúl Sanz Burgos y José Luiz Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006. p. 28/29.

Los derechos fundamentales son los que van a limitar el poder del Estado y, consecuentemente, la protección de los ciudadanos. Por lo tanto, estos derechos equilibran la libertad individual con la intención de prevenir los abusos del poder. De forma que son esas ideas que dan fuerza a la universalidad de los derechos y de las Constituciones que marcan el siglo XX y que dieron legitimidad, por así decirlo, a los derechos fundamentales.

En términos de condiciones y límites, Grimm indica que la base consensual y la dimensión temporal son características de una constitución de carácter abierto, lo que esto presupone es que esta constitución piensa en las poblaciones futuras y debe extender el consenso social.

Así, el derecho positivo es el producto de la política que atiende a las necesidades sociales y propone los cambios que sean necesarios. Sin embargo, la obediencia a la supremacía de la ley está entendida aquí como fruto de la participación y la voluntad del pueblo.

Por eso, los derechos fundamentales pueden ser reconocidos como proyecto de justicia. O sea, están incorporados a las constituciones con el fin de garantizar la dignidad del ser humano, funcionan como garantía de los ciudadanos y, al mismo tiempo, como límite del poder del Estado.

Para Grimm solamente fue posible esta configuración de los derechos fundamentales con “La destrucción de la soberanía monárquica y la proclamación de la soberanía popular. [...] Sin embargo, el pueblo, al que se le atribuía dicho poder, no era capaz de actuar por sí mismo y tuvo que ser dotado de procedimiento y órganos para la formación de su voluntad”²¹⁰.

²¹⁰ D. Grimm, “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Trad.: Raúl Sanz Burgos y José Luiz Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006. p. 56.

No obstante, antes de llegar al debate en torno a los derechos sociales que fueron aceptados por los Estados modernos e incluso por sus constituciones, vamos a recordar el concepto de la Constitución, ideales y fundamentos.

Para Díez -Picazo Giménez, fueron las declaraciones de derechos, como el estatuto universal de los derechos fundamentales, que dieron fuerza a las constituciones nacionales para que incorporasen y eligiesen un sistema de derechos capaz de llevar a cabo la tarea de ofrecer a los ciudadanos soportes capaces de garantizar los derechos fundamentales. Para el mismo autor:

[...] la progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de la moderna democracia de masas condujeron a que en las declaraciones de derechos se proclamasen también los derechos sociales. [...] La Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1920 inauguran esta nueva línea.²¹¹

Sobre los derechos sociales la constitución federal los reconoce en el artículo 6º que dice: “*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à alimentação, a assistência aos desamparados nos termos desta constituição*”²¹². Además, sobre los derechos sociales, Canotilho señala que: “*os direitos a prestação significam, em sentido, estrito, direito do particular a obter algo através do Estado*”²¹³. Por otro lado, las normas que tienen carácter de prestación, Grau, cuando habla sobre la constitución dirigente o normas programáticas basado en Canotilho, añade que:

[...] *são concebidas as que não se bastam em conceber-se como mero instrumento de governo, mas, além disso, anunciam diretrizes, programas e fins a serem pelo Estado e pela sociedade realizados [...] as que transformam em um plano normativo-material global, que determina tarefas, estabelece programas e define fins.*²¹⁴

²¹¹ L. Maria Díez Picazo, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Madrid, 4ª ed., Thomson Reuters, 2013. p. 27.

²¹² Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²¹³ J. Joaquim Gomes Canotilho, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003. p. 406.

²¹⁴ E. Roberto Grau, “A Ordem Econômica da Constituição de 1988”, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010. p. 67.

En ese contexto para el mismo autor el conjunto de directrices de las políticas públicas debe ser siempre coherente con los objetivos anunciados en el texto constitucional.

De esta manera, la constitución tiene varias dimensiones: una de ellas es la constitución del Estado Social y por eso los problemas constitucionales que se refieren a la relación de poderes y el ejercicio de los derechos sociales subjetivos son examinados y resueltos basados en la idea de un estado prestador de servicio. Lo que requiere que, desde un punto de vista práctico, tenga un firme compromiso del poder ejecutivo con las metas y directrices del parlamento. Estas directrices y metas elaboradas por el parlamento constituyen el conjunto de normas que están en el Estatuto de la Ciudad y en el Plan Director de los municipios.²¹⁵

2.3 Contexto urbano

Aquí nuestra intención es hacer una lectura del contexto urbano bajo la óptica de la importancia del espacio y del modo de vida de la población, con el objetivo de llegar a una comprensión de la misión del estado en la regularización de los asentamientos urbanos irregulares. Trataremos de encontrar una comprensión que nos permita entender las razones que impiden la efectividad del derecho a la vivienda que pueden estar en el campo de las relaciones entre la misión del estado y de la población de los asentamientos irregulares.

Nuestro trabajo tiene por objetivo pensar el derecho a la vivienda social dentro de la realidad urbana. Por un lado, tratamos de comprender las razones del déficit de efectividad del derecho social a la vivienda y, por otro lado, tratamos de encontrar posibles salidas que puedan disminuir este déficit. En este sentido, la lectura interpretativa del contexto urbano, como espacio y como modo de vida, es muy importante. Cuestión bien distinta de las normas reguladoras de urbanizaciones particulares, que al igual que en España,²¹⁶ tienen creciente implantación en Brasil.

²¹⁵ Sobre la relación entre la norma fundamental y la legislación urbanística, puede consultarse con utilidad el trabajo de M. Vaquer Caballería, “Constitución, Ley de Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 15, 2007.

²¹⁶ G. Fernández Farreres “Las urbanizaciones de iniciativa particular: Introducción a su problemática jurídica” *Revista española de derecho administrativo*, nº 53, 1987, p. 5-22.

En este contexto, Manuel Castells hace una considerable reflexión sobre lo que se considera urbano, para este autor es una concentración espacial y, al mismo tiempo, una difusión de un sistema de valores, actitudes y comportamientos que llama de cultura urbana.

El autor define urbanización como “*concentração espacial de uma população, a partir de certos limites de dimensão e de densidade [...] como difusão do sistema de valores e comportamentos*”²¹⁷.

Esta idea, para nuestro trabajo, es muy importante porque la política de la regularización urbana no puede olvidarse de reconocer la cultura del pueblo. Lo que para la efectividad del derecho social a la vivienda tiene una gran importancia ya que la manera cultural en la que vive el pueblo está directamente conectada con la efectividad de los derechos.

El concepto urbano, en primer lugar, es una forma espacial de ocupación de la población que es el resultado de una gran concentración y de una densidad relativamente alta de personas, en este sentido, es posible observar una diferencia entre el aspecto funcional y social. La concentración urbana es perceptible en todo el mundo.

Históricamente, las primeras ciudades que se reconocen como tales están en Mesopotamia, alrededor de 3.500 a.C.; en Egipto alrededor de 3000 a.C.; en China e India, alrededor de 3000 a 2.500 a.C. En ese contexto, las ciudades surgen como “[...] *forma residencial adotada pelos membros locais cuja presença direta nos locais de produção agrícola não era necessária*”²¹⁸ por esta razón, es posible afirmar que la existencia de la ciudad tiene su origen en el excedente producido por el trabajo de la tierra.

²¹⁷ M. Castells, “A questão urbana”, 6ª ed., Trad.: Arlene Caetano, São Paulo, Paz e Terra, 2014. p. 39. Habrá que diferenciarlo de los demás elementos públicos que concurren en el territorio, tales como medio ambiente, ordenación territorial y conceptos análogos. Vid. L. J. Parejo Alfonso, “Ordenación del territorio y medio ambiente”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 30, nº 146, 1996, p. 131-178. Recientemente en este sentido, vid. M. Vaquer Caballería, “La consolidación del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la última década”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 51, nº 311, 2017 (Ejemplar dedicado a: Especial 50 aniversario), p. 499-525.

²¹⁸ M. Castells, “A questão urbana”, 6ª ed., Trad.: Arlene Caetano, São Paulo, Paz e Terra, 2014. p. 42.

La ciudad es el espacio en el que encontramos el centro religioso, administrativo y político. Es la expresión espacial de una complejidad social determinada por el proceso de aproximación, de inversiones y del producto del trabajo del hombre. Es un nuevo sistema social que tiene una profunda conexión con el campo en un contexto en el que ambos, ciudad y campo, están conectados entre sí. Es decir, la ciudad es el centro del proceso de la producción y de las formas sociales.²¹⁹

La ciudad, en este contexto, es el lugar geográfico donde se instalan las estructuras políticas y administrativas de una sociedad que llega al punto de un desarrollo técnico y social, al mismo tiempo que se desarrolla la existencia de una convivencia entre las personas. De esta manera, se constata un sistema de distribución y de intercambio que presupone la existencia de un sistema de valores sociales, de un sistema político que presenta el funcionamiento del conjunto social; un sistema institucional de inversión (cultural y técnico) y, finalmente, un sistema de intercambio con el exterior.

Las ciudades, para Lefebvre: *“liga seus elementos associados à forma de propriedade comunal [...] Esta forma de associação constitui uma democracia, mas os elementos dessa democracia são estreitamente hierarquizados e submetidos às exigências da unidade da própria cidade”*²²⁰.

Es importante señalar que, desde un punto de vista histórico, la existencia de las ciudades es anterior al periodo industrial, no obstante, la industrialización supone el punto de partida de nuestra época. Históricamente tenemos varios tipos de ciudades, por ejemplo: la ciudad oriental caracterizada por el modo de producción asiático; la ciudad griega y la romana caracterizada por el mercado de esclavos; la ciudad medieval caracterizada por las relaciones feudales. Esas ciudades, sin perder su carácter político, tienen características básicamente comerciales, artesanales y bancarias, caracterizadas por una economía de intercambios entre los mercaderes.

²¹⁹ Lo cual justifica, en último extremo, la necesidad de una legislación básica estatal, sin la cual, no existiría un modelo urbanístico siquiera mínimo. Vid. M. Vaquer Caballería, “El nivel estatal y la vivienda y el urbanismo”, Cuadernos de derecho local, Número 7, 2005, p. 23-28.

²²⁰ H. Lefebvre, “O direito à cidade”, Trad.: Rubens Eduardo Frias, São Paulo: Centauro, 2001. p. 36.

Con el inicio de la industrialización nace un nuevo modelo de ciudad con nuevas características. En la ciudad industrial la riqueza deja de ser, en parte, la propiedad rural y su producción agrícola y pasa a ser, predominantemente, la propiedad urbana estimulada por el comercio y los bancos.

Esta ciudad tiene una realidad compleja, sigue teniendo su importancia espacial sin perder su sistema de valores, aunque el periodo industrial solapa esta idea de valores.

La centralidad de la ciudad antigua está en la riqueza del territorio en el que las actividades, las personas y las relaciones entre las personas son la esencia de la ciudad. Es por eso que la ciudad es un centro privilegiado, es un espacio político organizado por los ciudadanos. Ya la ciudad de la Edad Media está caracterizada por la propiedad feudal del suelo, la ciudad es el espacio de la organización corporativa de las profesiones. Su origen tiene una nueva dinámica social que se caracteriza por la existencia de una fortaleza en la que se organiza la vivienda, el servicio, el mercado y las rutas comerciales. La ciudad de ese periodo instituye su propia política, su propia convivencia interna, definiciones de fronteras en un mundo propio.

En ese sentido, la ciudad es para Castells:

*[...] é uma obra, e esta característica contrasta com a orientação irreversível na direção do dinheiro, na direção do comércio, na direção das trocas [...]. Com efeito, a obra é valor de uso e o produto é o valor de troca. O uso principal da cidade, isto é, das ruas e das praças, dos edifícios e dos monumentos, é a Festa.*²²¹

La vida comunitaria en aquel tiempo no consigue impedir las diferencias, el contraste entre la pobreza y la riqueza, los conflictos internos, no obstante, a pesar de todo esto el sentimiento de pertenecer a la ciudad no se pierde, al contrario, se tiene la contribución activa de sus miembros a la belleza del lugar.

²²¹ M. Castells, “A questão urbana”, 6ª ed., Trad.: Arlene Caetano, São Paulo, Paz e Terra, 2014. p. 39.

Desde siempre, la composición de la sociedad urbana, su funcionamiento y sus elementos constituyentes dependen de la relación directa entre las personas, entre los grupos que forman parte de la ciudad. Aunque, según Lefebvre (1991), la ciudad no se reduce a la organización de las relaciones directas e inmediatas. La ciudad se sitúa entre lo que llama el autor de orden próximo y orden lejano. O sea, las relaciones de los individuos y sus grupos forman el orden próximo y las relaciones religiosas y políticas forman el orden lejano. El orden lejano está dotado de poder, comporta principios morales y jurídicos y, es por eso que se impone a las personas.

La ciudad es la intermediaria entre los órdenes próximos y lejanos. Los órdenes próximos tienen la función de sostener las relaciones de producción y de propiedad y los lejanos tienen la función de proyectar la vida urbana. De esa manera la ciudad es una obra de arte, es la obra de la historia de las personas.

En síntesis, la ciudad, para José Afonso da Silva, se forma alrededor del año 3.500 a.C. en los valles de los ríos Tigre y Éufrates, sin embargo, la urbanización de la ciudad empieza a partir de la primera mitad del siglo XIX. De esta manera podemos decir que la urbanización es un fenómeno moderno.²²²

Según Sjoberg es posible decir que la ciudad pasa por tres etapas de organización humana desde su origen hasta la época de la urbanización. La primera etapa se conoce como pre-urbana y la sociedad está formada por pequeños grupos homogéneos y autosuficientes destinados a buscar alimento, su organización era muy simple. La segunda etapa está caracterizada por la aparición de una sociedad pre-industrial y tiene como característica principal la producción. La tercera y última etapa es la ciudad industrial moderna asociada a una organización humana compleja, caracterizada por el sistema de clases y avances tecnológicos.²²³

²²² J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

²²³ G. Sjoberg, “Origem e evolução das cidades”, in: K. Davis *et al.* *Cidades: a urbanização da humanidade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1972. p. 36-55.

Quizás el trabajo más completo sobre ciudades en la América ibérica sea el de Allan R. Brewer Carías que incluso como libro es en sí mismo un monumento que debe ser conservado.²²⁴

Las ciudades industriales surgen como fruto del desarrollo del capitalismo y, por eso tenemos una urbanización cuyo modelo está dirigido, principalmente, a la producción industrial que se basa en la desestructuración social agraria provocada por el éxodo rural. En el caso de Brasil el éxodo rural tiene una característica que se diferencia de Europa que es la siguiente: los campesinos que emigraron a los centros urbanos eran, en su mayoría, antiguos esclavos. Esta parte de la sociedad está marcada por el proceso de esclavitud y abolición lo que da al Brasil su propia identidad. Es en este contexto que se forman los asentamientos irregulares, objeto de nuestra investigación. Este es el núcleo de nuestra tesis que tiene como objetivo comprobar la posibilidad de que haya una lectura interpretativa a partir de los dos principios: dignidad humana y eficiencia pública. La existencia de esta lectura puede fortalecer la efectividad del derecho a la vivienda y, en consecuencia, disminuir la poca efectividad de la política de regularización territorial.

Otra cosa muy importante del período industrial es que tenemos una transición de una economía doméstica a una economía fabril.²²⁵ Una economía que necesita de nuevos servicios. Existe una industria en la que los elementos funcionales, la materia prima y los medios de transporte provocan una urbanización.

De esta manera la industria organiza el paisaje urbano a través de una lógica capitalista que está en la base del modelo industrial. Obviamente, no prevé la urbanización de

²²⁴ A. R. Brewer-Carías, “La Ciudad Ordenada”, Caracas, Critería Editorial, 2006.

²²⁵ “Revolução Industrial refere-se ao conjunto de transformações técnicas e económicas que se iniciaram em Inglaterra na segunda metade de século XVIII e que ao longo do século XIX se espalharam por praticamente toda a Europa e América do Norte. A invenção da máquina a vapor e a sua posterior aplicação à indústria e aos transportes é considerada como a grande causa do despoletar da Revolução Industrial. De facto, foi a máquina a vapor que provocou a rápida e drástica alteração dos modos de produção, nomeadamente a passagem da manufatura para a maquinofactura e o surgimento de técnicas de organização e racionalização do trabalho e de produção em massa” (“Dicionários Temáticos”, *Dicionário de História*: Disponible en: <http://www.notapositiva.com/dicionario_historia/revolucaoindustrial.htm>. Acceso el: 11 jul. 2016). Para saber mais: Ariovaldo Umbelino de Oliveira em sua obra “O Modo de Produção Capitalista e Agricultura”, escrita em 1986, hace uno retrospecto importante que leva a nos outros a compreensão de que el campo e el camponês no século XX, sob la mirada del próprio capital cria e recria las condiciones para sus existências.

la ciudad y si de las zonas en las que la industrialización se desarrolla. La parte espacial de la ciudad en la que la población (obreros) vive no se da cuenta de que forma parte de este proceso de urbanización.

Unos años más tarde, en la década de los años 20, los economistas llaman a las grandes ciudades de ciudades “fordistas” cuyo modelo de producción está fundado, básicamente, en el principio de producción de Henry Ford (1910). Se aplica la idea de complementariedad entre producción y consumo, o sea, entre los niveles de salarios de los trabajadores y del consumo de los productos industriales. Esto es lo que la industria automovilística ofrece a los países industrializados a partir de los años 20. Según François Ascher, la producción en cadena utiliza controladores de estabilización para aumentar la productividad, esto ocurre a través de la evolución simultánea de las cadenas de trabajo y de los salarios.²²⁶

En la década de los años 30 este modelo económico entra en crisis, y en este contexto de crisis Keynes, según Ascher, ofrece nuevas teorías económicas basadas en la idea de una intervención del estado para asegurar un pleno empleo y una cierta distribución de los lucros. No obstante, para Ascher, todo este esfuerzo no consigue esconder el vacío que siempre existió entre el discurso económico y la propia economía. O sea, la industria no incorpora, totalmente, los principios económicos ni las orientaciones políticas.

Ascher advierte que el tema del desorden y de los movimientos descontrolados se nombra en la teoría de Taylor y llega a afirmar:

*O caos entrou nas cidades. Os lugares de trabalho já não estão localizados racionalmente no complexo urbano. [...] A ruptura com a antiga organização do trabalho criou uma desordem indecifrável e coloca um problema para qual não foram trazidas, até ao presente, senão soluções desajustadas. O maior mal na época atual deriva daí: o nomadismo das populações operárias.*²²⁷

Este modelo de urbanización lo critica contundentemente:

²²⁶ F. Ascher, “Metapolis: Acerca do Futuro da Cidade”, Trad.: Álvaro Domingues, Oeiras, Celta, 1998.

²²⁷ F. Ascher, “Metapolis: Acerca do Futuro da Cidade”, Trad.: Álvaro Domingues, Oeiras, Celta, 1998. p. 54.

*A ligação entre habitação e os locais de trabalho já não é normal; impõe percursos desmensurados [...] Devem ser feita análises úteis [...] sobre o conjunto de circulação da cidade [...] As ruas devem ser diferenciadas segundo os seus destinos: rua de habitação, ruas de passeio, ruas de trânsito, vias estruturais.*²²⁸

Según el mismo autor, la clave del urbanismo está orientada por lo que él denomina funciones de habitar, trabajar y crear. En este sentido es posible concluir que tenemos una ciudad resistente a la modernidad y una industria resistente al taylorismo y al fordismo. Y, además, tenemos una transición de una economía competitiva a una economía de intervención estatal.

Antony Giddens para quien el contexto de la dinámica urbana es el fruto de la evolución económica, social y cultural en el que la característica económica tiene la marca principal de un nuevo ciclo que llama globalización compuesto de una mayor productividad, flexibilidad, velocidad y, por último, nuevos modelos de organización industrial que incluyen un mayor desarrollo de transporte, comunicación, logística, entre otros. Es en este contexto que surgen las ciudades de los ciclos globalizados.

El mismo autor define modernidad como lo equivalente al mundo industrializado y dentro de las formas sociales producidas por la modernidad la más importante es el estado nacional que se distingue por ser un sistema de control, fiscalidad y monitoreo de las políticas. El autor afirma que: “o mundo moderno é um mundo em disparada”²²⁹.

La crisis del modelo taylorista requiere una nueva forma de organización y, para Ascher, esta nueva forma, fruto de la globalización del mercado, produce un cambio en la dinámica urbana significativa. Para el autor:

[...] as dinâmicas urbanas estão interligadas de duas maneiras: pelas dimensões espaciais das novas logicas de produção – por exemplo, a produção em fluxo continuo reforça a importância dos transportes e favorece os processos de aglomeração; e pela evolução das próprias concepções de gestão e do desempenho urbano – as cidades inspiram-se nos novos métodos, procurando igualmente

²²⁸ F. Ascher, “Metapolis: Acerca do Futuro da Cidade”, Trad.: Álvaro Domingues, Oeiras, Celta, 1998. p. 55.

²²⁹ A. Giddens, “Modernidade e identidade”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002. p. 22.

*‘economias de gama’ e mobilizando as mesmas novas tecnologias nas obras urbanas.*²³⁰

En este contexto el sector inmobiliario urbano se establece como un gran mercado que se propone reestructurar las empresas y, en consecuencia, un mercado habitacional que se expande meteóricamente. En términos de una lógica pública de ordenamiento urbano es perceptible, según Ascher, una *“política voluntarista que implantava infra-estrutura e equipamentos para desenvolver os territórios”*²³¹ y dentro de esta política predomina el transporte urbano. Sin embargo, para el mismo autor, en el campo del sector público lo que predomina es la lógica empresarial de rentabilidad privada que orienta la inversión de la infraestructura en las grandes ciudades, sin tener en cuenta el impacto ambiental y la calidad de la vivienda de la población de baja renta.

El fenómeno urbano en Brasil, en términos históricos, según Silva (2008), se vincula a la política de ocupación y poblamiento de la colonia. Esta situación siempre está conectada al ciclo económico que se inicia con la explotación de la madera “pau-brasil”. Podemos decir que el marco de la ciudad se caracteriza por la expedición colonizadora de Martim Afonso de Sousa que funda la villa de São Vicente (hoy ciudad de São Paulo). Se inicia así la formación de otras villas y poblados como, por ejemplo, la villa de Salvador fundada por Tomé de Souza.

Así, los núcleos urbanos de la colonia resultan de la acción urbanizadora de las autoridades coloniales y no de la acción espontánea del pueblo. Este modelo de colonización sigue durante el periodo imperial a través de las colonias militares en el interior del país, aunque en la región litoral es posible encontrar un desarrollo espontáneo en algunas villas, como consecuencia de una economía que se dirige al exterior.

Para José Afonso da Silva, la política de la metrópolis, en la época de la colonia, siempre es contradictoria porque tiene la pretensión de instaurar un régimen municipal al transformar villas en pueblos, sin embargo, acaba realizando una economía de distribución de

²³⁰ F. Ascher, “Metapolis: Acerca do Futuro da Cidade”, Trad.: Álvaro Domingues, Oeiras, Celta, 1998. p. 70.

²³¹ F. Ascher, “Metapolis: Acerca do Futuro da Cidade”, Trad.: Álvaro Domingues, Oeiras, Celta, 1998. p. 71.

tierra, el sistema de sismarías²³². Las ciudades se desarrollan, básicamente, a lo largo de la costa marítima bajo la influencia de la economía que se dirige al exterior. Aunque algunas ciudades surgen en el interior, en el estado de Minas Gerais, debido al oro y las piedras preciosas. Los estados del nordeste brasileño se organizan debido a la caña de azúcar y la región sur debido a la influencia del ganado.²³³

En la década de 1940 las ciudades brasileñas se ven como ejemplo de modernidad, no obstante, en la década de 1990 su imagen se relaciona a la violencia, contaminación, cuestiones de vivienda, tráfico, entre otros problemas. En síntesis, las ciudades brasileñas se forman por un tipo de ocupación caótica del suelo urbano, ocupaciones irracionales e irregulares que dan origen a las grandes periferias del país, ejemplos de este tipo de ciudades son: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, entre otras. Y ahora, inmersos en la profunda crisis económica, la situación, inevitablemente, empeora.²³⁴

Es en el campo de la sociología urbana que el concepto de ciudad se relaciona con la “situación humana”, una organización general de la sociedad, centro de consumo, fábrica social y multiplicidades de sistemas. En este contexto Silva cita a Sjoberg que dice que: “*a cidade é uma comunidade de dimensão e densidades populacional considerável abrangendo uma variedade de especialistas não- agrícolas, nela inclui a elite culta*”²³⁵.

En esta realidad es posible reconocer situaciones de segregación causadas por la violencia, en mayor número, en los barrios más pobres. Este es el caso de las grandes ciudades brasileñas que tienen barrios en los que vive una población marginalizada del proceso de inversión pública que, a lo largo de la historia, se muestra poco eficiente. En otras palabras, aunque sean barrios prioritarios por sus necesidades la inversión pública dirige esta prioridad a otras áreas y así produce la precariedad de estos grupos sociales y, en consecuencia, limita la capacidad para mejorar su calidad de vida. Cuando hay una inversión

²³² El sistema de sismarías en el Brasil era un prolongamiento del sistema jurídico portugués, establecido por la ley del 26 de mayo de 1375 y pendiente por D. Fernando.

²³³ J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.

²³⁴ M. Vaquer Caballería, “El desgobierno del territorio – Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo”: Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012/José Luis Piñar Mañas (dir.), 2016, p. 257-296.

²³⁵ J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008. p. 24.

pública dirigida a estos barrios marginalizados, estas inversiones son, predominantemente, asistenciales.

El papel del Estado se pierde cuando prioriza la asistencia en las áreas más pobres e invierte en las áreas más lucrativas.²³⁶ Es en este contexto que crecen las irregularidades urbanas en los barrios de baja renta. La población organiza su territorio a su manera, sin ninguna presencia del Estado, cuando el estado se presenta lo hace, siempre, de forma asistencialista. Cuando el estado opta por el asistencialismo en los barrios más pobres e inversión en los barrios más lucrativos, el estado pierde su papel. Es decir, el Estado no ejecuta su función de organizar el territorio y así mejorar la calidad de vida de todas las personas en un proceso coparticipativo de desarrollo de la ciudad.

Esta situación llega a tal extremo que el estado hace inversiones que contradicen el propio ordenamiento urbano. Un ejemplo muy claro de esta situación es el siguiente: en las favelas, cuya ocupación es irregular desde hace muchos años, el estado suministra todo el servicio público, por ejemplo, agua, luz, guardería, escuelas, ambulatorios, etc. Esta situación contradice el propio ordenamiento urbano y, por eso, confirma la irregularidad que el propio estado condena. Esto es lo que llamamos política pública ineficiente.

Ernst Forsthoff, cuando habla sobre la tarea de la administración pública, reconoce que en “las relaciones de prestaciones se requiere un criterio material para determinar el elemento público dentro de dichas relaciones, y este elemento jurídico-público ofrece la posibilidad de movilizar las funciones protectoras del Derecho Público, en especial de los derechos fundamentales”²³⁷. El mismo autor, al hablar sobre el concepto y misión de la existencia del estado, en el contexto de la república de Weimar, reconoce que la república “se

²³⁶ M. Vaquer Caballería. “El Gobierno del territorio. Propuestas para superar su insatisfactoria distribución competencial”. “Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado / coord. por José María Baño León, Vol. 2, 2016 (Tomo II), p. 1785-1804.

²³⁷ E. Forsthoff, “Sociedad Industrial y Administración”, Traducción: Celestino Fernández de la Vega, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), 1967. p. 21.

vio obligada, en creciente, a intervenir ordenadamente en los vacíos y deficiencias sociales”²³⁸.

A partir de los años 50 del siglo XX, con la expresiva concentración de las personas en zonas urbanas se intensifica en las ciudades el fenómeno de la urbanización. Desde un punto de vista histórico, Medauar identifica, al citar a Jacquot y François Priet, que: “[...] *em 1900 menos de 10% da população mundial vivia na cidade; no ano 2000, o percentual ultrapassa 50%*”²³⁹ y, aunque la existencia de la ciudad sea muy antigua sólo a partir de las primeras décadas del siglo XX que se desarrolla la urbanización.

Medauar nos llama la atención para la idea de que, inicialmente, el urbanismo tiene el significado del arte de embellecer la ciudad, y que, además, incorpora la necesidad de desarrollar los servicios sanitarios.²⁴⁰ Más tarde, a medida que se desarrolla esta necesidad sanitaria surge una nueva concepción que tiene un sentido social y humano con el objetivo de organizar la ciudad que piensa en la realización de las personas y, por eso, es importante pensar el orden urbano bajo dos ópticas: la óptica del espacio y la óptica del sistema de valores. En la misma dirección José Afonso da Silva (2008) dice que “*o urbanismo relaciona-se com a cidade industrial, como instrumento de correção dos desequilíbrios urbanos, nascidos da urbanização e gravados com a chamada ‘explosão urbana’*”²⁴¹.

En síntesis, observar el contexto urbano bajo la óptica del espacio y del conjunto de valores que transitan en las relaciones humanas nos permite pensar, en primer lugar, en un Estado Democrático de Derecho que reconoce derechos y que tiene la supremacía de la ley como seguridad jurídica y, en segundo lugar, por esa misma razón, en un texto constitucional que reconoce derechos sociales que garantizan una política pública urbana con el fin de que la ciudad, el territorio urbano, sea regularizado de manera inclusiva. Así pues, es necesario pensar el territorio urbano como espacio y como sistema de valores fundamentales.

²³⁸ E. Forsthoff, “Sociedad Industrial y Administración”, Traducción: Celestino Fernández de la Vega, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP), 1967. p. 28.

²³⁹ O. Medauar, “Direito Administrativo Moderno”, São Paulo, Editora RT, 2000. p. 45.

²⁴⁰ O. Medauar, “Direito Administrativo Moderno”, São Paulo, Editora RT, 2000.

²⁴¹ J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008. p. 28.

Milton Santos, en los años de 1990, hace un estudio sobre las tendencias de la urbanización brasileña para el siglo XX y señala la importancia que tiene la propia geografía en la construcción de la estructura espacial como parte de la vida de las personas. En otras palabras, la ciudad como espacio y como sistema de valores que permite una urbanización inclusiva y aceptada por la población en su conjunto.

Para Milton Santos, “[...] *território é formado pelo conjunto de possibilidades e de vontades mas estas, no plano social, dependem do quadro geográfico que facilita ou restringe, autoriza ou proíbe a ação humana*”²⁴². Además, debemos tener en cuenta que: “[...] *as dinâmicas não apenas territoriais, mas também políticas, demográficas, culturais e econômicas*”²⁴³. La urbanización de la ciudad tiene un enlace con la economía, y así lo afirma el autor:

*A urbanização crescente e uma fatalidade nesse país, ainda que se de com aumento do desemprego, do subemprego e do emprego mal pago e também com a presença de volantes nas cidades médias e pequenas. Este último é um dado ‘normal’ do novo mercado de trabalho unificado, onde, em média, 75% desses chamados volantes, boias frias etc., não recrutados por intermediários. [...] o fato de os volantes, vivendo na cidade serem ativos na busca de melhores salários constitui um dado dinâmico tanto na evolução do processo de urbanização, como no processo político desse país.*²⁴⁴

Sobre la importancia de estas relaciones Milton Santos afirma que:

*[...] as respectivas regiões metropolitanas passaram a construir áreas nas quais se diversificam e avolumam as relações interurbanas, com o aumento da divisão de trabalho, que conduz ao apressamento e ao aprofundamento de uma serie de processos econômicos e sociais [...] a metropolização se dará também com a ‘involução’, enquanto a qualidade de vida melhorará nas cidades médias.*²⁴⁵

²⁴² M. Santos, “Tendências da Urbanização brasileira, no fim do século XX”, in: A. Fani Alessandri Carlos (Org.), *A cidade e o urbano*, São Paulo, EDUSP, 1994. p. 19.

²⁴³ M. Santos, “Tendências da Urbanização brasileira, no fim do século XX”, in: A. Fani Alessandri Carlos (Org.), *A cidade e o urbano*, São Paulo, EDUSP, 1994. p. 20.

²⁴⁴ M. Santos, “Tendências da Urbanização brasileira no fim do século XX”, in: A. Fani Alessandri Carlos (Org.), *A cidade e o urbano*, São Paulo, EDUSP, 1994. p. 22.

²⁴⁵ M. Santos, “Tendências da Urbanização brasileira no fim do século XX”, in: A. Fani Alessandri Carlos (Org.), *A cidade e o urbano*, São Paulo, EDUSP, 1994. p. 22.

El autor reconoce que la urbanización de la ciudad se divide entre el espacio y la fuerza del trabajo. No obstante, una gran parte de la población solamente se tiene en cuenta como fuerza de trabajo y no como parte de la población que ocupa el espacio físico de la ciudad. Al mismo tiempo, dentro de esa parte de la población que no se tiene en cuenta como ocupadora del espacio físico surge una fuerza reivindicatoria de derechos sociales como son el agua potable, la escuela pública, la seguridad y la vivienda que obligan al estado a producir un conjunto legislativo para ordenar las políticas públicas esenciales e inclusivas. Y es por eso que surge en el campo de la ordenación urbana el “*Estatuto da Cidade*” y el Plan Director.

El concepto jurídico de ciudad, desde un punto de vista legislativo, está en el Decreto-Ley número 311 de 1938 que determina que una ciudad es el área en la que están los servicios públicos. En ese sentido, el Decreto – Ley 311/1938 considera la ciudad desde un punto de vista puramente formal.

En este sentido, para Milton Santos, el espacio:

*[...] deve ser considerado como uma totalidade, a exemplo da própria sociedade que lhe dá vida [...] o espaço deve ser considerado como um conjunto de funções e formas que se apresentam por processos do passado e do presente [...] o espaço se define como um conjunto de formas representativas de relações sociais do passado e do presente e por uma estrutura representada por relações sociais que se manifestam através de processos e funções.*²⁴⁶

En síntesis, el espacio urbano se caracteriza por ser una totalidad en la que las relaciones sociales son próximas y, como resultado, tenemos lo que se denomina ciudad. En este capítulo, mostramos que las ciudades en la revolución industrial pensaron, prioritariamente, en el crecimiento de la industria y no pensaron en la formación de la ciudad que incluye espacio y conjunto de valores. En este periodo, Brasil dejó de ser, prioritariamente, rural y pasó a ser, prioritariamente, urbano, por esta razón surgen una cantidad enorme de “favelas”. Lo que llamamos “favelas” es un aglomerado totalmente desordenado de personas y, aunque actualmente haya una presencia del poder público, esta presencia está desorganizada, es ineficiente y asistencialista.

²⁴⁶ M. Santos, “Tendências da Urbanização brasileira no fim do século XX”, in: A. Fani Alessandri Carlos (Org.), *A cidade e o urbano*, São Paulo, EDUSP, 1994. p. 122.

Esta realidad acompañada de una conciencia colectiva que piensa que es necesaria una organización de las “favelas” es lo que va a provocar el surgimiento de un conjunto legislativo dirigido a un ordenamiento urbano (iniciado en la Constitución Federal de 1988) que es capaz de pensar la formación de una ciudad que incluye espacio y conjunto de valores.

En este capítulo tratamos de recuperar la historia de la construcción del Estado Democrático de Derecho. En primer lugar, tratamos del modelo constitucional brasileño que se consolida en 1988 y que se conoce como constitución democrática. Este proceso está marcado fuertemente por un periodo que llamamos de redemocratización, de 1985 a 1988, y que constituye un marco importante de un modelo de estado nacional que consagra un capítulo propio para los derechos fundamentales, individuales y sociales.

Como estamos tratando un derecho fundamental social, la vivienda urbana, terminamos el texto recuperando el contexto urbano nacional como espacio importante que más tarde, en 2001, gana un nuevo orden urbanístico en el que la centralidad, por razones de realidad nacional, es la regularización y urbanización del territorio.

3 DERECHO A LA VIVIENDA SOCIAL

3.1 Derecho de propiedad y derecho a la vivienda

El presente trabajo tiene como objetivo pensar en el derecho a la vivienda, previsto en el artículo 6º de la Constitución brasileña de 1988, desde el punto de vista de un Estado Democrático de Derecho, desde la perspectiva de los principios de la supremacía de la ley, del reconocimiento de los derechos, y, principalmente, de los derechos sociales, y de la la dignidad humana, eficiencia pública. En los capítulos anteriores ya trabajamos los principios de la supremacía de la ley, del reconocimiento de los derechos fundamentales.

A partir de ahora, dentro del mismo contexto, optamos por pensar en el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda desde la hipótesis de que es posible separar estos dos derechos. Nos referimos al derecho a la vivienda en los términos albergados en la Constitución de 1988.

De esta manera, el derecho a la vivienda, en el escenario urbano, ocupa el estudio que pasamos a presentar. En ese sentido, la pregunta que nos queremos hacer es la siguiente: ¿En qué medida podemos pensar, en un contexto urbano social, la separación del derecho a la propiedad y del derecho a la vivienda en los términos colocados en la Constitución de 1988 de Brasil? Lo que motiva esta pregunta es: 1) el derecho a la vivienda del artículo 6º, no se puede confundir con el derecho a la propiedad previsto en el artículo 5º, XXII; 2) el derecho a la vivienda del artículo 6º se podría llamar derecho a la vivienda de propiedad especial y, el derecho a la propiedad del artículo 5º, XXII, se podría llamar derecho a la propiedad común.

La opción teórica escogida es la lectura conceptual de los derechos a la vivienda y a la propiedad y, posteriormente, la lectura de los principios de la participación de la sociedad y de dos derechos humanos como principios fundadores de la vivienda social digna.

El derecho a la vivienda y el derecho a la propiedad están reglamentados en el texto constitucional, capítulo económico, Título VII, artículos 182 y 183, que determinan y orientan al legislador en la reglamentación ordinaria de los derechos a la vivienda y a la propiedad.

La definición de “propiedad” según el diccionario de la Academia de Letras de Brasil dice así: “[...] *qualidade especial; particularidade, caráter [...] pertença ou direito legítimo [...] direito de usar, gozar e dispor de bens, e de revê-los do poder de quem quer que injustamente os possua*”²⁴⁷. Y, para la Real Academia Española “Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales”²⁴⁸. Es posible concluir que el concepto, desde la perspectiva de los dos diccionarios, brasileño y español, coincide con la determinación de la legislación civil de ambos países.

Sin embargo, al tratarse de un derecho fundamental es importante resaltar, en primer lugar, que los Estados están obligados a proveer y proteger con igualdad el derecho a la propiedad para todos. Es decir, el principio de la igualdad figura como premisa para ser calificada como un derecho fundamental. Si decimos que es fundamental, queremos decir que es para todas las personas. Y es por eso que está garantizado en la Constitución de 1988, en su artículo 5º:

*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXII – é garantido o direito de propriedade.*²⁴⁹

Desde un punto de vista teórico-doctrinario la construcción histórica de la propiedad, exclusiva y absoluta, para Mares, [...] *não é universal, nem histórica, nem geograficamente. Ao contrario, é uma construção humana localizada e recente*²⁵⁰. El fundamento de tal afirmativa se ampara en la propia formación del Estado y del Derecho moderno, surgido en Europa, en el siglo XIII y teorizado a partir del siglo XVI.

²⁴⁷ A. Buarque de Holanda Ferreira, “Novo Dicionário da língua portuguesa”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira. 1986.

²⁴⁸ Real Academia Española, disponible en: <<http://www.rae.es/>>. Acceso el: 23 jul. 2015.

²⁴⁹ Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

²⁵⁰ C. Frederico Marés, “A função social da terra”, Porto Alegre, Fabris, 2003. p. 17.

A través de las informaciones que los estudiosos encontraban en todo el mundo se fueron construyendo, paulatinamente, las teorías sobre la propiedad. En ese sentido, se fijó la concepción de que el estado natural correspondía al estado civil en el que las personas eran valoradas por su capacidad de independencia, producción de riqueza y, consecuentemente, capaces de acumular bienes.

En este contexto, la concepción de propiedad marca el mercantilismo que transcurrió durante tres siglos, XVI, XVII y XVIII. Durante estos tres siglos hubo guerras y cambios internos en los diferentes estados. No obstante, el marco jurídico de este modelo de la propiedad moderna es, sin ninguna duda, las revoluciones y el surgimiento de las constituciones nacionales. La culminación de estos procesos fue el surgimiento de una burguesía poderosa, dueña de esta propiedad y, al mismo tiempo, capaz de dictar y cambiar las normas sobre la propiedad.

Las constituciones, a partir de la Constitución francesa de 1793, asumieron la función principal de la organización del estado y del reconocimiento de los derechos. Lo que posibilitó la idea de un derecho único, universal y general que fue legitimado por la organización estatal que pasaba a representar a los ciudadanos. En ese conjunto de derechos, los derechos a la libertad y a la igualdad se consagraron como derechos fundamentales.

Por esta razón, es posible concluir que el Estado Moderno fue construido, teóricamente, para garantizar los derechos de libertad, igualdad y propiedad. En otras palabras, la función del Estado era garantizar la propiedad que necesitaba libertad e igualdad para que existiera. De esta forma, solamente los hombres libres podían adquirir una propiedad porque la idea de propiedad era inherente a la posibilidad de adquirir y transferir esa propiedad libremente. Finalmente, la igualdad entre los hombres libres era esencial para garantizar esa relación. En esa configuración los esclavos y los siervos no estaban incluidos. De esta manera, la propiedad adquiere la condición de un derecho fundamental individual.

En este contexto descrito más arriba la libertad personal no se constituye en un presupuesto abstracto, la verdad es que se constituye en una necesidad contractual, una

garantía económica, que tiene el individualismo como fundamento. La Europa del siglo XVIII ya no tenía la relación de servidumbre por eso la acumulación capitalista tenía como exigencia la libertad de los trabajadores que fueron a la ciudad para trabajar como operarios de las fábricas. En América como ya se convivía con la tierra desocupada, ya que no se consideraba al indígena como ocupante de la tierra, se mantuvo hasta siglo XIX el sistema esclavista.

En ese contexto, es importantes recordar, desde el siglo XVI hasta el siglo XIX, a los filósofos como Jean Bodin (1530-1596) Hobbes (1588-1679), Maquiavelo (1469-1527), Locke (1632-1704), Rousseau (1712-1778), Montesquieu (1689-1755) y Bartolomé de Las Casas (1474-1566) que se ocuparon de las cuestiones sobre la sociedad organizada, el Estado, la política, los gobiernos y los derechos en los que el debate de la propiedad siempre aparecía como derecho individual que debía ser asegurado por el Estado. Ellos, cada uno a su manera, marcaron el pensamiento transformador de la época.

Otro pensador importante que se dedicó al estudio de la propiedad fue Santo Tomás de Aquino (1225-1274). Para él, la propiedad podría existir, pero sería un derecho natural, por lo tanto, no se podría contradecir con la idea de un bien común y, además, el propietario tendría la libertad de disponer y la facultad de escoger la manera de entregar la propiedad. En otras palabras, el derecho de usar era un derecho natural de todos los hombres y el derecho de disponer sería un derecho positivo de creación humana.

Locke, en su estudio, retoma la idea de que el origen y fundamento de la propiedad es fruto del trabajo humano, en otras palabras, el poder del bien se ejerce en el momento en el que se agrega el elemento trabajo. Además, Locke profundiza la idea de Santo Tomas de Aquino y llega a reconocer que todo lo que excede va a ser usado por otra persona. En ese sentido el excedente está condicionado a la existencia del riesgo de que se deteriore, o sea, no es que por no usar la propiedad esta pierda sus características, sino la posibilidad de que la propiedad esté en riesgo de deteriorarse si no se usa. Por eso, Locke defiende una estricta relación entre trabajo y propiedad. Así, la posibilidad de acumulación está vinculada a la posibilidad de adquirir, de comprar.

En el siglo XVIII, cuando la teoría política pasó a reconocer la propiedad como derecho natural, el Estado volvió a constitucionalizar el instituto de la propiedad de la manera como es conocida hoy en día. En ese sentido, Locke reconocía que, aunque había tierra en abundancia y que su propiedad estaba ligada directamente al propietario en su ejercicio de uso. La producción del sistema capitalista transformó la propiedad en un bien jurídico sometido a una propiedad privada.

Doscientos años después de la teoría de Locke, la tierra ganó estatus de propiedad privada que era reconocida por un contrato y tenía como origen una acción de la administración pública que cedía o reconocía su ocupación. Así la tierra perdió su antigua función de proveedora de alimentos para transformarse en una productora de capital.

Aquí, en términos históricos, podíamos recordar a Voltaire que pensaba que la propiedad privada era una virtud que podía traer beneficios a todas las personas, incluso, a los trabajadores que no podían beneficiarse de la propiedad. Así, a partir del siglo XVIII, el derecho a la propiedad se confunde con la propia propiedad privada. Para Voltaire, propiedad es lo mismo que libertad y, consecuentemente, los hombres libres contratan la fuerza del trabajo de otros hombres y se convierten en propietarios absolutos.²⁵¹

María Astrid Muñoz Guijosa, en un estudio sobre el concepto tradicional de la propiedad privada, nos dice que:

La doctrina civil [...] es prácticamente unánime al definir el derecho de propiedad como el poder jurídico más amplio posible sobre una cosa corporal. Esta definición, no obstante, la referida práctica unanimidad doctrinal, ha suscitado una serie de quisiones, de entre las que considero especialmente relevante la referente al objeto sobre el que el derecho de propiedad haya de recaer. [...] la extensión del objeto de este derecho ha sido tradicionalmente uno de los elementos determinantes del propio concepto de propiedad. [...] De acuerdo con la definición doctrinal que se acaba de referir, el objeto el que hace recaer el derecho de propiedad queda circunscrito a las cosas corpóreas o materiales, [...].²⁵²

²⁵¹ F. Marie Arouet de Voltaire, “Cartas Inglesas: Tratado de metafísica: dicionário filosófico”, São Paulo, Abril Cultural, 1978.

²⁵² M. Astrid Muñoz Guijosa, “El derecho de propiedad del suelo: de la constitución a la ordenación urbana”, Madrid, Thomson Reuters, 2009. p. 41.

Más adelante, concluye la misma autora:

[...] el concepto civil de propiedad circunscribe el objeto de este derecho a las cosas corporales, definiéndolo el máximo derecho patrimonial que puede ostentarse sobre un bien, que retribuí a su titular el poder jurídico más amplio posible sobre la cosa corporal objeto de tal derecho. [...] la propiedad resulta ser el más amplio poder reconocido por el ordenamiento jurídico sobre una cosa corporal, definición ésta de acuerdo con la cual existe asimismo coincidencia a la hora de caracterizar este derecho, lo que realiza por preferencia a las notas de generalidad, abstracción, elasticidad, exclusividad y perpetuidad.²⁵³

El derecho a la propiedad en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales está garantizado en el artículo 1 Protección de la propiedad:

Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.²⁵⁴

La propiedad privada ha ocupado siempre – y sigue ocupando- un lugar central en el constitucionalismo, sencillamente porque entre los presupuestos en que éste se apoya está la idea según la cual la libertad no es sin la propiedad privada. Esta visión de la propiedad privada como condición necesaria, aunque no suficiente, la libertad ha de ser entendida tanto en sentido individual como colectivo. [...] Allí donde no hay propiedad privada, la sociedad civil, incluso en sus aspectos extraeconómico (asociativo, culturales, benéficos, etc.) carece de verdadera autonomía frente al Estado. [...] la razón profunda por la que no es posible pensar el constitucionalismo y las declaraciones de derechos haciendo abstracción de la propiedad privada. El valor o bien jurídico protegido por el derecho a la propiedad privada es la posibilidad de acceder a los bienes legalmente susceptible de apropiación por partes de los particulares [...] así como de usar y disponer de los mismos siempre de conformidad con las leyes.²⁵⁵

La misma autora, cuando hace una lectura sobre la propiedad, reconoce que algunos derechos fundamentales se caracterizan, preponderadamente, por un carácter económico. Un derecho fundamental representante de esta característica, por excelencia, es el derecho a la propiedad reconocido no solamente por la Constitución Española, sino también por el

²⁵³ M. Astrid Muñoz Guijosa, “El derecho de propiedad del suelo: de la constitución a la ordenación urbana”, Madrid, Thomson Reuters, 2009. p. 43/45.

²⁵⁴ Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#a1>>. Acceso el: 30 jul. 2015.

²⁵⁵ L. María Díez-Picazo, “Sistema de Derechos Fundamentales”, 4ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2013. p. 507

Convenio Europeo. En estos dos contextos, otros derechos fundamentales de carácter económico están garantizados, por ejemplo, el derecho a la vivienda protegida: “[...] o incluso, la situación de hecho de los ocupantes de chabolas frente a daños imputables a la negligencia pública [...] y expectativa legítima de adquirir vivienda protegida en los términos fijados por la ley”²⁵⁶, en la que vamos hablando más adelante.²⁵⁷

En términos de Brasil, la historia jurídica constitucional marca la primera Constitución de 1824 que repetía el concepto, que hemos trabajado hasta este momento, en el que la constitución reconoce y garantiza la propiedad en toda su plenitud como un bien jurídico privado. En ese sentido, el texto constitucional es, según Bonavides y Paes de Andrade:

*Toda análise ao texto da Constituição de 1824 e sua aplicação à realidade brasileira, durante os dois reinados e a fase intermediária de regência, requer necessariamente uma exposição de valores básicos do liberalismo e de seu significado histórico para a sociedade e o Estado.*²⁵⁸

A continuación, el 15 de noviembre de 1889, hubo un golpe de estado que ponía fin a la monarquía, destituyó al emperador de su trono y, consecuentemente, se proclamó la república con la Constitución de 1891. El nuevo texto constitucional garantizó el derecho a la propiedad plenamente, aunque había un límite que era la expropiación por utilidad pública que estaba condicionada a una indemnización. En síntesis, el periodo llamado de Primera República fue marcado por los ideales liberales en el sentido de que se trataba de neutralizar, teóricamente, el poder personal de los gobernantes y distanciar, lo máximo posible, el Estado de la Sociedad, como era el axioma del liberalismo.

La Constitución de 1934 marcó la experiencia brasileña del Estado Social, en este periodo los nuevos gobernantes confirmaron los compromisos políticos liberales, aunque

²⁵⁶ L. María Díez-Picazo, “Sistema de Derechos Fundamentales”, 4ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2013. p. 507.

²⁵⁷ J. E. Soriano García, “Hacia la tercera desamortización. (por la reforma de la Ley del suelo)”, Madrid. Pons, IDELCO, 1995. El autor hace una amplia reflexión sobre la relación entre propiedad y legislación urbanística, mostrando como inevitablemente hay que tener siempre en cuenta el dato fáctico de la realidad dada, y al mismo tiempo, como la planificación negativa, esto es, la que ordena planificar todo aquello que no puede utilizar el propietario es un deber inexcusable de las Administraciones Públicas.

²⁵⁸ P. Bonavides; P. de Andrade, “História Constitucional do Brasil”, 5ª ed., Brasília, OAB, 2004. p. 102.

también iniciaron compromisos de reformas sociales. El derecho a la propiedad en la Constitución de 1824, según José Afonso da Silva:

*Não era fácil conciliar os postulados liberais com o sistema de poder centralizador e controlador instituído na Constituição de 1824, que trazia, em seu Art. 179, o rol de direito individuais inspirados diretamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.*²⁵⁹

Con respecto al límite impuesto a la propiedad privada, es decir, la expropiación por utilidad pública fue ampliado en los casos de estado de necesidad, peligro eminente como, por ejemplo: el estado de guerra. En estos casos las autoridades competentes podían usar los bienes particulares hasta que fuera suplida la exigencia pública, siempre teniendo en cuenta la posible indemnización.

No fue así en la Constitución de 1934, nacida de la Asamblea Nacional Constituyente, que aseguró el derecho a la propiedad con la garantía de la expropiación por necesidad y utilidad pública condicionada a una indemnización. El golpe de 1937 logró una Carta constitucional que terminó después de un corto período de vigencia, en el que no hubo ninguna modificación relacionada a la propiedad.

La Constitución de 1946 marcó el fin del régimen autoritario, que estaba vigente en Brasil desde el citado golpe. La Constitución de 1946 puso fin al periodo infructuoso de la Constitución de 1937. Esta Constitución es el resultado de la Asamblea Constituyente en la que participaron integrantes del Partido Comunista. El resultado de esta Asamblea está íntimamente relacionado con el fin de la segunda guerra mundial, en la que Brasil participó al lado de los aliados. En ese periodo el derecho a la propiedad fue garantizado y se mantuvo el límite de la expropiación por utilidad pública con la previa indemnización. Aunque esta indemnización fue reforzada en el texto constitucional al garantizar que el pago de esta indemnización tenía que ser en efectivo. Celso Ribeiro Bastos entiende que:

²⁵⁹ J. Afonso da Silva, “Poder Executivo na Constituição Imperial do Brasil de 1824”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Fundador e Diretor: Paulo Bonavides. Del Rey. Nº I, jan./jun. 2003, p. 25.

*A Carta de 1937 nunca chegou a vigor. Ela dependia de um plebiscito que nunca se realizou. Destarte, quando a Segunda Guerra já dava mostras de estar se aproximando do seu fim, com a vitória dos países democráticos, Getúlio Vargas, aqui no Brasil, procurou atualizar e compaginar o nosso direito constitucional às novas realidades políticas que o término da Guerra já deixava entrever. Foi assim que logo no início de 1945, através da Lei Complementar, Lei Constitucional n.º 9, introduziram-se Emendas na Carta de 1937, sendo a principal delas a fixação da data das eleições para 2 de dezembro do mesmo ano*²⁶⁰

Sobre la Constitución de 1934, Bonavides recuerda que:

*Com efeito, a propriedade protegida ontem ao extremo pela lei no Estado de Direito do liberalismo, e a seguir exposta aos perigos, busca hoje proteger-se da lei no Estado Social de massas, concentração de capitais e alta tecnologia industrial. A lei já não é serva do indivíduo, mas da sociedade. Deve o Estado, contudo, o abster-se de alargar sua esfera a ponto de absorver ou eliminar o sobredito instituto.*²⁶¹

La Constitución de 1988 perfeccionó el sistema jurídico a través de una gran inversión en la democracia semidirecta con institutos como el plebiscito, referéndum y la iniciativa popular. En ese sentido, esta inversión representó innegables avances en el reconocimiento de los derechos y garantías individuales y colectivas. El estudio del derecho a la propiedad, de acuerdo a la Constitución de 1988, tiene dos vertientes, una de carácter individual y otra de carácter social. La primera con respecto a la garantía del derecho a la propiedad individual de carácter absoluto (Art. 5.º, XXII) y la otra con respecto a la función social que aparta la idea de carácter absoluto (Art. 5.º, XXIII). El derecho a la propiedad, además de reafirmar la institución de propiedad privada y su función social, se vinculó al orden económico (Art. 170, II y III).

De esa forma, la innovación que refleja la Constitución de 1988 ocurrió debido a la inclusión de la función social de la propiedad haber sido incorporada en el capítulo de los Derechos y Garantías, así como fue incluido el propio derecho a la propiedad. Es por eso que el legislador constituyente quiso dejar claro que el núcleo “propiedad” está garantizado, ya que ese núcleo es uno de los institutos jurídicos fundamentales y el más importante del derecho privado.

²⁶⁰ C. Ribeiro Bastos, “Curso de Direito Constitucional”, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992. p. 72.

²⁶¹ P. Bonavides; P. de Andrade, “História Constitucional do Brasil”, 5ª ed., Brasília, OAB, 2004. p. 102.

La Constitución de 1988 deja muy claro que la garantía al derecho a la propiedad solo existe cuando este atiende a su función social. Y, en ese sentido, sintetiza Bonavides:

*O direito de propriedade fora, com efeito, concebido como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, de caráter absoluto, natural e imprescritível. Verificou-se mais tarde o absurdo dessa teoria, porque entre uma pessoa e uma coisa não pode haver relação jurídica, que só opera entre pessoas. Um passo adiante, a vista dessa crítica, passou-se a entender o direito de propriedade como uma relação entre um indivíduo (sujeito ativo) e um sujeito passivo universal integrado por todas as pessoas, o qual tem o dever de respeitá-lo, abstraindo-se de violá-lo; e assim o direito de propriedade se revela como um modo de imputação jurídica de uma coisa a um sujeito. Mas aí se manifesta uma visão muito parcial do regime jurídico da propriedade: uma perspectiva civilista, que não alcança a complexidade do tema, que é resultante de um complexo de normas jurídicas de direito público e de direito privado e que pode interessar como relação jurídica e como instituição jurídica.*²⁶²

Para Hely Lopes Meirelles²⁶³ y Celso Antonio Bandeira de Mello²⁶⁴ el régimen jurídico del Estado, según Silva, es:

*[...] privatista e publicista, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinado ao direito civil, considerando direito real fundamental. Olvidam as regras de direito público, especialmente de direito constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Confundem o princípio da função social com as limitações de polícia, como consistente apenas no ‘conjunto de condições que se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social’, isto é, mero conjunto de condições limitativas.*²⁶⁵

Para finalizar el concepto de la propiedad, Guijosa, basándose en Rey Martínez, dijo:

*[...] quien al estudiar el objeto del derecho de propiedad realiza un análisis comparativo de la jurisprudencia comparada europea y de los órganos del Convenio de Roma (Tribunal y Comisión), en que observa una ‘tendencia a la ampliación’ de aquel objeto, que le lleva a afirmar que ‘el concepto constitucional de propiedad’ (en el sentido de objeto del derecho dominical) abarcaría, pues, todos los derechos matrimoniales privado (reales y de crédito).*²⁶⁶

²⁶² P. Bonavides; P. de Andrade, “História Constitucional do Brasil”, 5ª ed., Brasília, OAB, 2004. p. 103.

²⁶³ H. Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 40ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

²⁶⁴ C. Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

²⁶⁵ J. Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional”. São Paulo, Malheiros, 2015.

²⁶⁶ M. Astrid Muñoz Guijosa, “El derecho de propiedad del suelo: de la constitución a la ordenación urbana”, Madrid, Thomson Reuters, 2009. p. 41

En síntesis, el derecho a la propiedad se consolidó, históricamente, como derecho privado inviolable y, en el contexto brasileño, está reconocido en todas las constituciones con el mismo sentido, aunque existe la limitación básica a la expropiación por interés social. No obstante, la Constitución de 1988 alargó el concepto reconociendo como condición de su existencia el principio de la función social.

Así pues, podemos pasar a la reconstrucción del derecho a la vivienda al partir del concepto general y, a continuación, partiremos de la Constitución de 1988 por ser esta la primera constitución que reconoce, explícitamente, en la parte de los derechos y garantías el derecho social a la vivienda.

La propiedad, desde el punto de vista doctrinario y constitucional, para Greco (1981) posee dos sentidos. En el primer sentido, el vínculo existente está entre el hombre y el bien y por eso el propietario tiene la prerrogativa sobre el bien, es este el sentido adoptado por la Constitución. En el segundo sentido, la propiedad es el propio bien que puede ser objeto de la conducta humana en la que la referencia es la propiedad y no el derecho a la propiedad.

Así el derecho se presenta como un deber ser, abstracto, y por lo tanto consiste en la autorización de la conducta humana que será asegurada en el ordenamiento jurídico en su efectividad. No obstante, ese objeto abstracto no posee, como tal, la función social porque no forma parte de un plan práctico dentro de la sociedad. En ese sentido, la función social es la propiedad como un bien inmueble en el que la conducta humana se subordina a él.

En lo que se refiere al régimen jurídico de propiedad urbana, Rios y Tolentino señalan que está determinado por la Constitución Federal en su artículo 182 que determina que la política de desarrollo urbano constituye competencia del municipio y, a través del Plan Director, esta política se realiza a partir de directrices generales surgidas del “*Estatuto da Cidade*”, sujeta al principio de la fundación social de la ciudad.²⁶⁷ La propiedad común está regulada por el Código Civil en su artículo 1228 que determina el ejercicio del poseedor, que

²⁶⁷ Claramente se trata de una solución común a los ordenamientos continentales y a los derivados de los mismos. *Vid.* M. Vaquer Caballería, “Las ordenanzas y los planes municipales”. En *Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha*/coord. por Luciano José Parejo Alfonso, 1999, p. 237-274.

observa las facultades de uso, gozo y disposición del bien, en el caso de expropiación puede obtener una indemnización justa.²⁶⁸

Sobre el concepto de la vivienda la Academia de Letras de Brasil conceptúa la vivienda como: “[...] *morada – lugar onde se mora ou habita; habitação, moradia [...] Estada ou lugar de estada habitual [...]*”²⁶⁹. A su vez, el diccionario de la Real Academia Española define la vivienda como: “Lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas”²⁷⁰.

Lo que quiere decir, de manera sencilla, es que el lugar en el que se vive no siempre está relacionado con la propiedad. En otras palabras, vivienda es el lugar en el que viven las personas. Silva, con relación al concepto de la vivienda, entiende que: “*No morar encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o habitar, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente*”. Y, en términos de contenido con relación al derecho a la vivienda, continúa el mismo autor: “[...] *envolve não só a faculdade de ocupar uma habitação. Exige-se que seja uma habitação de dimensões adequadas, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar*”²⁷¹.

Al dar continuidad a esa diferencia entre propiedad y vivienda Sarlet afirma que:

[...] *muito embora a evidência de que a propriedade possa servir também de moradia ao seu titular e que, para além disso, a moradia acaba, por disposição constitucional expressa – e em determinadas circunstâncias – assumindo a condição de pressuposto para a aquisição do domínio (como no caso da usucapião especial constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo da aplicação da função social da propriedade, o direito à moradia – convém frisá-lo – é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objeto próprios.*²⁷²

²⁶⁸ M. Rios; F. Lage Tolentino, “A propriedade urbana e sua função social”, in: B. Souza Costa; É. Vilas Boas Reis, *Direitos Fundamentais aplicados à Cidade*, Belo Horizonte, Del Rey, 2015. p. 77-98.

²⁶⁹ A. Buarque de Holanda Ferreira, “Novo Dicionário da língua portuguesa”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira. 1986.

²⁷⁰ Real Academia Española, disponible en: <<http://www.rae.es/>>. Acceso el: 23 jul. 2015.

²⁷¹ J. Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015. p. 318.

²⁷² I. Wolfgang Sarlet, “O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, v. 46, ab.-jun./03. p. 211.

Por último, la vivienda y otros derechos fundamentales, no tiene carácter absoluto. Teniendo en cuenta, por ejemplo, que la vivienda es norma de naturaleza programática que siempre habrá la necesidad de ponderar y, también, la propiedad puede sufrir restricciones cuando, por ejemplo, su protección puede ser incompatible con el principio de la función social de la propiedad. En el siguiente punto se tratará el derecho a la vivienda social digna.

3.2 Derecho a la vivienda social digna

Con relación al derecho y a las garantías constitucionales en el Estado de Derecho Bonavides afirma:

*Quanto ao Estado de Direito, não é forma de Estado nem forma de governo. Trata-se de um status quo institucional, que reflete nos cidadãos a confiança depositada sobre os governantes como fiadores e executores das garantias constitucionais, aptos a proteger o homem e a sociedade nos seus direitos e nas suas liberdades fundamentais.*²⁷³

La Democracia y el Estado de Derecho forman parte de un contexto favorable para la existencia de los derechos de los ciudadanos y así lo sintetiza el mismo autor “[...] *democracia e Estado de Direito, sem embargo das escamoteações teóricas, representam duas noções que o povo, melhor do que os juristas e os filósofos, sabe sentir e compreender, embora não possa explicá-la com a limpidez da razão nem com a solidez das teorizações compactas*”²⁷⁴.

Y, con respecto al concepto de la democracia, de una manera general en el siglo XIX, la democracia y el socialismo proporcionaron un ambiente de renovación, de cambios estructurales capaces de albergar políticas sociales que trataron de garantizar los derechos sociales, como son la educación, la salud, el trabajo, la vivienda, entre otros.

²⁷³ P. Bonavides, “Teoria Geral do Estado”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

²⁷⁴ P. Bonavides, “Teoria Geral do Estado”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012. p. 225.

En el contexto brasileño, en el siglo XX, la democracia fue manchada por el golpe de estado, AI-5,²⁷⁵ que fue marcado por la tragedia del autoritarismo, cuyo término encontrado para denominar el momento fue, curiosamente, lo que llamó Bonavides de la democracia relativa: “[...] *que se pretendeu justificar e perpetuar mediante as inconstitucionalidades do estado de exceção, traduzido na falsa legitimidade de um comportamento político dirigido, com ausência de eficaz participação popular*”²⁷⁶. En este contexto y a pesar de esto, no se perdió la exigencia de la confirmación de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento de los derechos de los ciudadanos. Y, el mismo autor la democracia tiene otro sentido, la *democracia-substantiva*. En otras palabras, la *democracia-substantiva* es la que tiene las condiciones básicas de creerse sus valores y del ejercicio de la propia democracia.

Lo que se precisa en la Constitución de 1988, en términos de reconocimiento de derechos, es fruto de la lucha histórica de los ciudadanos a través del ejercicio de la participación, incluso, de la forma institucional en las Constituciones de 1934 y de 1946. En la Constitución de 1988 se incluyen nuevos derechos y garantías que son motivados por el espíritu de las declaraciones internacionales.

Por eso, el periodo dictatorial no significa que represente la historia social del país. Otras influencias, como vimos más arriba, marcaron ese tiempo que no permitió la pérdida de la participación social en los destinos del país. De esta manera sintetiza Bonavides:

²⁷⁵ En relación con el período de la dictadura más opresivo que sufrieron los ciudadanos brasileños, en la página de la FGV – CPDOC, encontramos: “*O Ato Institucional nº 5, AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do general Costa e Silva, foi a expressão mais acabada da ditadura militar brasileira (1964-1985). Vigorou até dezembro de 1978 e produziu um elenco de ações arbitrárias de efeitos duradouros. Definiu o momento mais duro do regime, dando poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados. O ano de 1968, ‘o ano que não acabou’, ficou marcado na história mundial e na do Brasil como um momento de grande contestação da política e dos costumes. O movimento estudantil celebrou-se como protesto dos jovens contra a política tradicional, mas principalmente como demanda por novas liberdades. O radicalismo jovem pode ser bem expresso no lema ‘é proibido proibir’. Esse movimento, no Brasil, associou-se a um combate mais organizado contra o regime: intensificaram-se os protestos mais radicais, especialmente o dos universitários, contra a ditadura. Por outro lado, a ‘linha dura’ providenciava instrumentos mais sofisticados e planejava ações mais rigorosas contra a oposição*” (Disponível em: <<https://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/FatosImagens/AI5>>. Acesso em: 13 ago. 2015).

²⁷⁶ P. Bonavides, “Teoria Geral do Estado”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012. p. 267.

O autoritarismo, tão em moda, não fez toda história social e política do Brasil, pois não lhe pertencem as páginas que o sentimento liberal escreveu nas ruas durante os sucessos da Abdicação, do Ato Adicional, da Maioridade e da Campanha Abolicionista, para ficarmos unicamente no Império, sem mostrarmos sequer a face deslembada de outros movimentos populares, de marcante interioridade política e social, de que a Praieira^[277], ainda naquele período, fora um só exemplo tomado a esmo. [...] Se disséssemos de vista a dimensão dialética dos fatos que explicam as distintas idades de nossa formação e colocássemos no autoritarismo a força da história para desvendarmos o que somos como povo e nacionalidade, reconheceríamos desde já, a inutilidade das diligências e sacrifícios sociais em favor de instituições mais justas e aperfeiçoadas segundo o critério da democracia.²⁷⁸

Bonavides, además, al hablar de la presencia constante de la lucha por la participación social en la construcción histórica de la política del Estado, sustenta que:

Em verdade, nunca nos faltou a cabeça da representação nacional, a vontade de uma camada humana que, resistindo, decidindo ou fazendo a mudança, dispôs de uma parcela de poder e exprimiu o conceito de povo, como titular ativo da participação em diferentes épocas constitucionais da história do Brasil. Povo, do ponto de vista político, é por conseguinte, o elemento que intervém na formação da consciência nacional. De baixo desse aspecto, sempre tivemos povo, e a democracia significa aí o instrumento que alarga qualitativamente e quantitativamente os efeitos dessa participação.²⁷⁹

De esa manera, el pueblo, como origen del poder ocupa su lugar político formalmente cuando, en 1934, consigue introducir en la Carta constitucional el modelo del Estado Social que consagra así el principio de la soberanía popular. En la Constitución de 1988, se crea un capítulo sobre los derechos sociales, dentro del título II derechos fundamentales, en el que el artículo 6º reconoce: “*são direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição*”²⁸⁰.

²⁷⁷ “*Revolução Praieira*” – fue una revuelta de los liberales federalistas, ocurrida en la región nordeste del Brasil, provincia de Pernambuco, entre los años de 1848 y 1850 considerada una de las más importantes revueltas del periodo del Brasil Imperial. El nombre se debe a que la sede del periódico de los “*praieiros*” estaba en la región de la playa de la ciudad. El movimiento tuvo el apoyo político del pueblo que vivía la opresión del régimen en penosas situaciones sociales.

²⁷⁸ P. Bonavides, “*Teoria Geral do Estado*”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012. p. 331.

²⁷⁹ P. Bonavides, “*Teoria Geral do Estado*”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012. p. 332.

²⁸⁰ Brasil, “*Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

En términos de concepto de los derechos sociales y su relación con el aspecto económico, Silva ofrece su contribución de la siguiente manera:

*Os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Em certo sentido, pode-se admitir que os direitos econômicos constituíssem pressupostos da existência dos direitos sociais, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e a participação estatal na economia não se comporão as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo tutelar dos fracos e mais numerosos.*²⁸¹

De manera más amplia, para Silva, la expresión derecho social y legislación social quieren decir: “*As expressões direito social e legislação social incidem na arguição de que todo Direito é naturalmente social, por isso que não pode haver Direito senão em sociedade*”²⁸². Y ese contexto favorece el aspecto económico y social del derecho, que ambos fijan un concepto del derecho definido como principio y norma cuyo objetivo principal es la adaptación de las reglas a la realidad social. Con eso está claro, en el caso de la vivienda social o protegida, que la propiedad que llamamos especial está vinculada a una dependencia económica.

Peter Häberle reconoce que la democracia es un ambiente propicio para los derechos fundamentales y señala la importancia del principio de la dignidad en el sentido de que:

[...] la dignidad humana como premisa antropológico-cultural, que entiende a la democracia como su consecuencia y que colabora en el objetivo de la ‘riqueza de las naciones’, orientados por la justicia y el bien común, sin caer presas del ‘economicismo’. Éste queda ya excluido por la moral y la identidad (relativas) que caracterizan a la convivencia republicana de los ciudadanos en un Estado constitucional y gracias a él.²⁸³

Häberle, en su estudio, hace una importante vinculación de la propiedad con el mercado social y, en ese sentido, es cierto que todos los derechos sociales están vinculados, necesariamente, al capítulo económico de las constituciones que imponen a la función pública las intervenciones tanto en la obligación de regular como en la de proveer y cuidar de los derechos sociales a favor de una vida digna para los ciudadanos:

²⁸¹ J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 517.

²⁸² J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 517.

²⁸³ P. Häberle, “El Estado constitucional”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 401.

Trabajo y propiedad se encuentran en una relación interna y externa, material y funcional. [...] La propiedad y trabajo ‘en el sentido de la Constitución’ se constituyen mutuamente. [...] Las obligaciones sociales de la propiedad se intensifican en interés de los trabajadores, al mismo tiempo que llega a formas de ‘más propiedad para todos’ a partir del trabajo.²⁸⁴

De esa manera, la vinculación de la dignidad con el trabajo y la propiedad está muy clara y, a nuestro juicio, podrá ayudarnos a pensar el derecho a la vivienda previsto en el artículo 6° de la Constitución como una ‘propiedad social’ que solamente es posible que se realice cuando se reconoce la vinculación a la condición económica del Estado y de la persona que va a adquirir la propiedad social.

Häberle hace una expansión del concepto de los derechos fundamentales que engloban no solamente los derechos reconocidos por las Constituciones, sino también los derechos humanos universales fruto de los tratados y convenciones. En otras palabras, aunque no estuvieran en la Constitución, no dejarían de ser derechos fundamentales. Así, lo señala:

El marco teórico de los derechos fundamentales, fundado en la doctrina del contrato social, (en el sentido de Locke, enfocado a la libertad y la propiedad; con base en T. Hobbes: la vida y la seguridad) y el que actualmente se entiende como ‘contrato constitucional’, debe expresarse del nivel nacional al universal: al lado de la sociedad particular de cada Estado y su status civiles, surge de manera complementaria la ‘sociedad mundial’ [...] en su campo de fuerza debe ‘imaginarse’ un ‘contrato social mundial’. [...] los contratantes son todos los seres humanos, todos los Estados constitucionales y todos los pueblos [...].²⁸⁵

La confirmación del autor es lógica y está reconocida en las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos. Lo que para Häberle:

De manera congenial, se dice en el Preámbulo de la Convención Europea de derechos Humanos de 1950: ‘reafirmando su profundo apego a estas libertades fundamentales, que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo’. Y, en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) se encuentra la siguiente frase: ‘Reconociendo que los derechos esenciales

²⁸⁴ P. Häberle, “El Estado constitucional”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 302. *Vid.* específicamente sobre urbanismo y dignidad de la persona el trabajo de M. Vaquer Caballería, “Derecho a la vivienda, dignidad de la persona y garantía de un mínimo vital”, *Gaceta sindical: reflexión y debate* n° 23, 2014 (Ejemplar dedicado a: Por una reforma constitucional), p. 329-342.

²⁸⁵ P. Häberle, “El Estado constitucional”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 304/305.

del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana'.²⁸⁶

Además de eso, Häberle, con relación a la vinculación de los derechos fundamentales con los tratados y convenciones, reflexiona sobre el derecho nacional y añade:

[...] hay elementos de un derecho humano a la nacionalidad: una prueba de la vinculación ideal, aquí propugnada, entre los derechos humanos y los derechos ciudadanos como 'dos manifestaciones' de los derechos fundamentales: la palabra 'fundamento' debe ser agotada, se refiere a lo pre estatal, a lo 'pre-positivo', a lo que esta antes del derecho secundario, justamente a lo 'fundamental'.²⁸⁷

En síntesis, para el autor, cuando decimos derechos fundamentales siempre estamos refiriéndonos a los derechos de todos los ciudadanos, sean estos nacionales o no. Sin embargo, Miguel Beltrán de Felipe, con respecto a la vivienda entendida como objeto de un derecho, explica el artículo 47 de la Constitución Española:

[...] no consagra por sí mismo un derecho a la vivienda, sino que, como principio rector que es, encomienda al legislador su reconocimiento y tutela, sin que existan fórmulas conocidas de exigibilidad de la eventual omisión de legislador. [...] el artículo 47 CE no consagra un derecho constitucional, sino que obliga/habilita al legislador para regularlo. [...] La obligación que para el legislador surge del artículo 47 CE no es 'dar vivienda sino promover las condiciones y dictar las normas para que el derecho a la vivienda sea efectivo'.²⁸⁸

Marcos Vaquer Caballería reconoce que la vivienda es un derecho que fue reconocido internacionalmente por diversas convenciones, si añadimos a esto el concepto de los derechos fundamentales de Häberle, vamos a tener como consecuencia la obligación del Estado en reconocer la vivienda como derecho. Y en ese sentido Caballería señala que:

[...] conviene tener presente que la vivienda es uno de los derechos protegidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1948 y su Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966, que lo

²⁸⁶ P. Häberle, "El Estado constitucional", Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 306.

²⁸⁷ P. Häberle, "El Estado constitucional", Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 307.

²⁸⁸ M. Beltrán de Felipe, "La intervención administrativa en la vivienda: aspecto competencial, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial", Valladolid, Lex Nova, 2000. p. 164/165.

proclama respecto de ‘toda persona’, Y, es que, como ocurre con la salud o la educación, la vivienda es una necesidad básica de todas las personas [...].²⁸⁹

El mismo autor continúa su reflexión sobre el concepto de vivienda en la Constitución Española y observa que:

[...] artículo 10.2 CE, que manda interpretar los derechos y las libertades de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España, que sabemos ya que configuran el derecho a la vivienda como un derecho humano, del que son titulares todas las personas. [...] la vivienda no sino una configuración física del domicilio.²⁹⁰

No obstante, Vaquer Caballería nos llama la atención sobre el tipo de vivienda que está garantizado en el artículo 47 y que es la vivienda destinada, exclusivamente, para el uso:

[...] no es la vivienda como *bien de inversión*, sino como *bien de uso*, y más en particular para residencia habitual. El derecho tiene por objeto *una* y no más viviendas, pues la vivienda cuyo disfrute se protege es sólo la vivienda habitual, aquélla que constituye la primera residencia de la persona.²⁹¹

Para Vaquer Caballería este derecho a la vivienda constitucional, a la que la Constitución Española llamó de principio rector y que determinó al legislador la obligación de reglamentar su efectividad, es un derecho que se delimita solamente a la función de residencia. Es decir, la vivienda habitual. Y, de esa manera, dice que:

[...] la vivienda habitual es un bien de primera necesidad de la persona, una condición ambiental para el desarrollo de la personalidad, localidad de vida y el disfrute de otros derechos como el de la intimidad personal y familia, y su carencia bien puede ser considerada como una situación de necesidad y un factor de exclusión a los de que debe subvenir la acción social del Estado.²⁹²

Siguiendo el mismo pensamiento, Martín Bassols Coma reconoce que:

²⁸⁹ M. Vaquer Caballería, “La Eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 16.

²⁹⁰ M. Vaquer Caballería, “La Eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 20.

²⁹¹ M. Vaquer Caballería, “La Eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 22.

²⁹² M. Vaquer Caballería, “La Eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 24.

[...] el derecho a la vivienda, entendido como el derecho de toda persona a acceder a una vivienda digna que sea adecuada, en las distintas etapas de la vida de cada cual, a la situación familiar, económica y social y a la capacidad funcional. Este derecho, se añade [arts.1 y 2.a], es de naturaleza constitucional y estatutaria, y la finalidad de la Ley es precisamente garantizar su mayor efectividad [...].²⁹³

Y, además de eso, como la vivienda está reconocida por la Constitución Española como un principio rector, para Bassols Coma “[...] deberá orientar las políticas públicas” del Estado en el sentido de facilitar y promover el acceso de la vivienda protegida a las personas que no tienen como adquirirla por su propia cuenta”²⁹⁴.

Finalmente, el derecho a la vivienda sea este principio rector, en la Constitución Española de 1978, o derecho fundamental social, en la Constitución de Brasil de 1988, en términos de fundamento conceptual, a nuestro juicio, es lo mismo. En otras palabras, es un derecho destinado a la residencia, de titularidad de las personas que la necesitan, con la característica de ser la primera vivienda social que el legislador tiene la función de reglamentar y el Estado la función de planear.

La democracia, en ese sentido, es el escenario perfecto para la defensa de los derechos sociales. Lo que para Bockenforde “[...] significa autogobierno del pueblo, decisión autónoma sobre sus propios asuntos. Y en consecuencia la democracia en sentido autentico, pleno, es la democracia directa la unidad (identidad) de gobernantes y gobernados”²⁹⁵.

El derecho a la vivienda, como derecho social, tiene su origen en el contexto del Estado Social y esto es, por unanimidad, reconocido por todos los estudiosos sobre el tema. Estado social está definido por Moreno Fernández, según Sofía Borgia Sorrosal, como:

[...] un conjunto de instituciones públicas proveedoras de políticas sociales dirigidas a la mejora de las condiciones de vida y a proporcionar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos. Por su parte, Rodríguez Cabrero dice que el Estado de Bienestar

²⁹³ M. Bassols Coma, “Estudio introductorio: la ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña”, in: J. Ponce Solè; D. Sibina Tomàs (Coordinadores), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008. p. 21/22.

²⁹⁴ M. Bassols Coma, “Estudio introductorio: la ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña”, in: J. Ponce Solè; D. Sibina Tomàs (Coordinadores), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008. p. 21/22.

²⁹⁵ E. Wolfgang Bockenford, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia”, Madrid, Trotta, 2000. p. 133/134.

consiste en ‘la gestión institucional de las necesidades sociales’. Lo cierto es que el Estado se ha convertido en garante de un número de prestaciones sociales como son: prestaciones de servicios básicos como la sanidad, la vivienda y la educación [...].²⁹⁶

La democracia, sin ninguna duda, ofrece la posibilidad de aplicar los derechos sociales. Y democracia según indica Schmitt:

[...] es una forma política que corresponde al principio de la identidad (quiere decir identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política). El pueblo es portador del poder constituyente, y se da así mismo en una Constitución. [...] la legislación o el Gobierno, se organizan según principios democráticos con una participación lo más amplia posible de los ciudadanos.²⁹⁷

Schmitt le llama la atención que una gran parte de las definiciones de democracia recuerda al “imperio de la mayoría”. A pesar de eso, el autor recuerda: “Esa mayoría es la de los llamados ciudadanos activos, es decir, con derecho a voto. [...] Modernamente se ha añadido, sin embargo, que no basta con que impere la mayoría de los ciudadanos activos, sino que, además, es preciso que tenga derechos ciudadanos la gran masa de población”²⁹⁸.

Schmitt, en ese punto, nos llama la atención para el principio de la igualdad, y recuerda que:

La igualdad que corresponde a la esencia de la democracia se dirige por eso siempre al interior, y no hacia fuera: dentro de un Estado democrático son iguales todos los súbditos. De aquí se reduce, a los efectos de la consideración política y jurídica-política: quien no es súbdito del Estado no entra en juego para esta igualdad democrática. [...] Esta igualdad democrática es el supuesto de todas las otras igualdades: igualdad de la ley, voto igual, sufragio universal, servicio militar [...] Si no, la democracia política sería una simple ficción y estribaría en que los ciudadanos fueran tratados como si fuesen iguales. [...] Igualdad democrática es, pues, una unidad *sustancial* [...] es en esencia, homogeneidad, y por cierto, homogeneidad del pueblo. El concepto central de la democracia es *pueblo*, y no *humanidad*. Si la democracia ha de ser una forma política, hay solo democracia del pueblo y no democracia de la humanidad.²⁹⁹

²⁹⁶ S. Borgia Sorrosal, “El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuesta de reforma”, Madrid, Safekat, 2009. p. 105.

²⁹⁷ C. Schmitt, “Teoría de la Constitución”, Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 291.

²⁹⁸ C. Schmitt, “Teoría de la Constitución”, Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 293.

²⁹⁹ C. Schmitt, “Teoría de la Constitución”, Madrid, Alianza Editorial, 2011. p. 294.

Igualdad, en un Estado democrático, quiere decir que los súbditos son todos los componentes de ese proceso, todos son iguales y esa igualdad figura como premisa de todas las otras, o sea, igualdad de voto, de oportunidad, entre otras. Además, la democracia es el pueblo por eso se exige la homogeneidad de la igualdad.

Empezamos el presente capítulo separando el derecho a la propiedad del derecho a la vivienda. Sin embargo, el derecho a la vivienda, en los términos en los que fue albergado en la Constitución, tiene una relación directa con la propiedad, es una propiedad especial condicionada al capítulo económico y dirigida a las personas que no tienen vivienda.

En términos constitucionales, el derecho a la propiedad es reconocido, históricamente, como derecho fundamental basado en los principios de la libertad y, el derecho a la vivienda basado en el principio de la dignidad y tiene como fin el goce. La vivienda, está claro para muchos autores, es un derecho social, de carácter universal y de interdependencia con otros derechos cuya finalidad es la residencia.

Caballería, al discutir esta cuestión, basado en el derecho a la vivienda previsto en el artículo 47 y en el derecho a la propiedad previsto en el 45 ambos de la Constitución Española, entiende que el derecho a la vivienda “es una función personal de uso y disfrute de una vivienda por la persona, no un tráfico patrimonial (facultad de adquirir, de disfrutar en acepción iuscivilista del término y de enajenar una vivienda)”³⁰⁰.

Lo que significa decir, continua el autor, que esa comprensión tiene dos consecuencias la primera es el derecho a la vivienda: “se configura constitucionalmente *prima facie* como un derecho típico de prestación y no como un derecho de libertad [...] el derecho de propiedad”. La segunda consecuencia es: “la efectividad de ese derecho no consiste necesariamente en adquirir la propiedad de la vivienda habitual sin ningún otro derecho real o

³⁰⁰ V. Marcos Caballería, “La eficiencia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011, p. 31.

personal sobre la cosa, sino en su disfrute real por cualquier título jurídico, entre los cuales la propiedad es sólo una opción”³⁰¹.

Si este es un derecho de carácter prestacional, el Estado asume la obligación de promover las condiciones necesarias para que las personas que no pueden obtenerla por su propia cuenta tengan acceso. El Estado tiene el objetivo de facilitar el disfrute de la vivienda social digna, en ese sentido el autor afirma: “[...] Esta acción positiva, sea cual sea la opción elegida, tiene un coste. Y, eso, [...] exige a los poderes públicos eficiencia en el gasto público”. Con respecto al significado de eficiencia Caballería afirma: “[...] Eficiencia significa eficacia con minimización de recursos empleados. En este caso, pues, los poderes públicos están constitucionalmente conminados a promover el disfrute de una vivienda digna y adecuada del máximo número de personas necesitadas de ello con el mínimo consumo de recursos financieros y materiales”³⁰².

Caballería continúa sobre el principio de la eficiencia pública y recomienda: “[...] La eficiencia en la promoción del disfrute universal y efectivo de una vivienda apela, en consecuencia, a arbitrar títulos jurídicos limitados tanto en la duración como en el contenido del derecho, de manera que puedan ceñirse en lo posible a la duración del estado de necesidad de la persona y a las facultades de uso y disfrute precisas para la satisfacción del bien constitucionalmente protegido”³⁰³.

En el caso de Brasil, la Constitución reconoce ese derecho y delega al legislador la obligación de reglamentarlo. En este reglamento hay un capítulo específico dirigido a facilitar el acceso a la vivienda a la población de baja renta. Claro está que no es función del Estado dar vivienda y, sí, proporcionar a los ciudadanos que no pueden condiciones para tener su primera vivienda.

³⁰¹ V. Marcos Caballería, “La eficiencia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 33.

³⁰² V. Marcos Caballería, “La eficiencia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 33.

³⁰³ V. Marcos Caballería, “La eficiencia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 34.

No es nuestra intención profundizar sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales, conjunto de derechos del que forma parte el derecho a la vivienda social, sin embargo, cada vez que nos referimos en esta tesis al derecho a la vivienda social lo hacemos como un derecho social fundamental, basados en la comprensión de diversos autores, por ejemplo: Saule,³⁰⁴ Caballería,³⁰⁵ entre otros.

Para la mayoría de los autores que discuten el derecho a la vivienda, aunque tengan posiciones diferentes sobre el derecho o principio, en un punto todos los autores investigados están de acuerdo: el hombre en su dignidad humana necesita atención especial en los aspectos fundamentales de la vida, la salud, el trabajo, la educación y la vivienda. Y, en ese contexto, se entiende la ciudad como un lugar en el que la parte física de la ciudad y los valores sociales se complementan alrededor de la inclusión social, una ciudad inclusiva que, a nuestro modo de ver, necesita, sin ninguna duda, pensar en la regularización territorial urbana.

Por todo esto, al referirnos al citado debate sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales, estamos de acuerdo con la síntesis de José Afonso da Silva, titulada polémica sobre la naturaleza jurídica de los derechos sociales. En ese sentido, el autor indica que el concepto de derechos sociales es

*[...] a expressão direito social e legislação social incidem na arguição de que todo Direito é, naturalmente, social, por isso que não pode haver direito senão em sociedade. [...] chama direito social o complexo de princípios e normas geralmente interpretativas, cujo objetivo imediato é, tendo em vista o bem comum, auxiliar a satisfazer convenientemente as necessidades vitais, [...] da pessoa.*³⁰⁶

Para aclarar mejor nuestra síntesis la dividiremos en tres puntos muy importantes: el primer punto es la idea preliminar en la que Silva indica que los constitucionalistas que rechazan la naturaleza jurídica de los derechos sociales lo hacen basados en los sistemas constitucionales más antiguos, como son el de Estados Unidos y otros países europeos en los que las constituciones se limitan a referirse a los derechos sociales de forma indirecta. Aquí

³⁰⁴ N. Saule Junior, “A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares”, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

³⁰⁵ M. Vaquer Caballería, “La Eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011.

³⁰⁶ J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 518.

tenemos los ejemplos de España y de Irlanda en los que se establecen los principios directores de la política social que da al poder público la función de asegurar la protección social. En el caso de la ley fundamental de la República Federativa de Alemania una pequeña parte cuida de los derechos sociales.

Además, el Tribunal Constitucional trabaja en el sentido de construir una interpretación positiva de los derechos de prestación cuyo fundamento es la dignidad del ser humano. Por último, Francia, según Silva:

*[...] é um caso à parte, porque sua constituição não articula uma declaração de direitos; apenas no seu 'Preâmbulo', o povo francês proclama seu vínculo aos direitos definidos na Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preambulo da Constituição de 1946; neste é que se explicitam direitos sociais fundamentais. Foi daí que o Conselho Constitucional construiu o bloco de constitucionalidade, pelo que se deu a constitucionalização de várias expressões de direitos sociais [...].*³⁰⁷

El segundo punto importante es que las constituciones que asumen enunciados normativos sobre los derechos sociales son, para Herrera *apud* Silva:

*[...] redigidas nos últimos 30 anos, a doutrina dominante na maioria dos Países europeus se mostra sempre disposta a sustentar que eles não seriam autênticos direitos exigíveis no sentido técnico-jurídico do termo, mas pelo contrário objetivos, fins, princípios, não justificáveis perante os tribunais. Não seriam exigíveis porque o Estado, e menos ainda o Estado Democrático, não pode ser obrigado por uma autoridade judicial a fazer algo enquanto que, pelo contrário, pode ser compelida a abster-se no campo dos direitos e liberdades individuais.*³⁰⁸

Sobre ese asunto, Luño hace una separación de los derechos tradicionales de libertad y los derechos, sin embargo, deja claro que “[...] isso não deve conduzir a um desconhecimento da profunda complementariedade que existe entre ambas as categorias nem a negação da positividade dos direitos sociais”³⁰⁹. Dentro de la misma línea, Silva señala la contribución de Canotilho que afirma: “Todas as normas que reconhecem os direitos sociais

³⁰⁷ J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 523.

³⁰⁸ J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 523.

³⁰⁹ A. Henrique Pérez Luño *apud* J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 524.

econômico dos cidadãos são regras jurídica diretamente aplicáveis , vinculativas a todos os órgãos do Estado”³¹⁰.

En tercero y último lugar, el autor, basado en otros estudios, admite los derechos sociales como derechos constitucionales. En ese contexto, Ricardo Lobo Torres distingue varias categorías de derechos fundamentales, no obstante, divide los derechos sociales en fundamentales y no fundamentales y dentro de los que no son fundamentales están los derechos previstos en el artículo 6º de la Constitución en los que la vivienda está incluida. Sin embargo, Torres, según Silva, no explica cuáles son los derechos fundamentales, se limita a indicar los que, a su modo de ver, no son fundamentales, los previstos en los artículos 6º y 7º de la Constitución.³¹¹

En ese punto es evidente el esfuerzo de Torres para encontrar la naturaleza jurídica de los derechos sociales que acaba teniendo en cuenta la idea de sumisión al poder legislativo para que se vuelvan definitivos y, por eso, se distancia del debate que trata de encontrar la naturaleza jurídica de los derechos sociales. Por lo tanto, no se puede sacar la naturaleza jurídica de un derecho por el hecho de que para que se realice necesite la intervención positiva del estado. Esas prestaciones positivas son impuestas por la propia Constitución, o sea, es una imposición constitucional y no puede ser confundida como determinadora de naturaleza jurídica de derecho.

Alexy informa que: “*quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o direito à assistência, a saúde, ao trabalho, a moradia e a educação, quer-se primariamente fazer menção ao direito de prestação em sentido estrito*”³¹².

³¹⁰ J. Joaquim Gomes Canotilho *apud* J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014. p. 525.

³¹¹ R. Lobo Torres, “O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, *In* C. Pereira de Sousa Neto; D. Sarmiento (Coords.). *Direitos Sociais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008. p. 315 a 316.

³¹² R. Alexy, “Teoria dos direitos fundamentais”, 5ª ed. Trad.: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2010. p. 499.

Sin embargo, para Canotilho, los derechos fundamentales subjetivos no dejan de ser derechos por el hecho de que no se creen las condiciones necesarias para la efectividad/eficacia de esos derechos, porque no es la efectividad/eficacia que da naturaleza jurídica al derecho, sino que ocurre a través de políticas públicas, exactamente, porque tiene naturaleza jurídica, no es función de la política ofrecer naturaleza jurídica, sino, en el caso de los derechos fundamentales, hacerlos efectivos.³¹³

Por último, ante todo lo expuesto, estamos de acuerdo con la conclusión de Silva que reconoce que el verdadero fundamento de los derechos sociales se confirma: “*sempre que um bem inerente à pessoa humana se encontra oprimido ou ameaçado surge a necessidade de sua proteção jurídica; e então esse bem adquire os contornos de um direito fundamental a requerer o reconhecimento Constitucional*”³¹⁴. Por lo tanto, la síntesis propuesta es que el derecho a la vivienda previsto en la constitución brasileña es un derecho que depende de la economía y de la política social del país. La propiedad surgida de ese derecho a la vivienda social previsto en el artículo 6º es diferente del derecho a la propiedad previsto en el artículo 5º de la Constitución. En otras palabras, la propiedad del artículo 5º es una propiedad común garantizada a todos los ciudadanos y, la propiedad del artículo 6º, aunque sea de carácter universal, se destina, preferencialmente, a la vivienda para la población de baja renta que no tiene las condiciones económicas necesarias para obtenerla.

Según Castillo

[...] *el sistema normal de acceso a la vivienda, ya sea en régimen de propiedad o de arrendamiento, es el mercado inmobiliario, un mercado singular en que la oferta y la demanda se mueven con características muy especiales, porque la facultad de elección del consumidor aparece encorsetada y condicionada al tratarse la vivienda un bien básico de difícil situación, cuya adquisición o disfrute supone un gasto familiar o personal muy considerable y perdurable en el tiempo.*³¹⁵

³¹³ J. J. Gomes Canotilho, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, Coimbra, Almedina, 2001.

³¹⁴ J. Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, São Paulo, Malheiros, 2015. p. 310.

³¹⁵ J. Muñoz Castillo, “Constitución y vivienda”, Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2003. p. 22.

En síntesis, es posible concluir que el derecho a la vivienda constitucional, digna y adecuada está dirigida universalmente a todos. No obstante, es fácil comprender que existan, por lo menos, tres sectores de familias que deben ser consideradas por el derecho a una vivienda digna y adecuada. El primer sector de familias y ciudadanos que por su situación económica no pueden obtener su primera vivienda en el mercado inmobiliario, sin ayuda del Estado y, por eso, sólo la consiguen mediante un financiamiento. Para este grupo el Estado tiene que disponer de incentivos, medidas de fomento para que la iniciativa privada pueda ofrecer viviendas más económicas. El segundo sector de familias son las que ni siquiera con la ayuda del estado consiguen su primera vivienda. Para ese grupo el estado, a través de una actuación directa, ofrece proyectos y programas de viviendas de promoción pública cuya adjudicación se materializa a través del procedimiento administrativo. Y, por último, la adquisición de la vivienda regulada por el mercado inmobiliario que tiene como base la legislación civil común.

Por lo tanto, podemos decir que el derecho de defensa no depende, en tesis, de reglamentación infraconstitucional que especifique el contenido, ni de gastos presupuestarios para ser factualmente reconocido. En ese sentido, el derecho de ir y venir, la libertad de expresión y el derecho a la propiedad – típicos derechos defensivos – ya están equipados de toda normatividad necesaria para lograr su plena operatividad. Cualquier ataque a estos derechos puede ser llevado a los tribunales para que se recomponga la situación *status quo ante*.

Los derechos de primera dimensión, en esta perspectiva, están dotados, predominantemente, de naturaleza defensiva, lo que no excluye, el carácter prestacional. Después de todo, está implicada la participación de al menos dos posiciones del poder Público con el objetivo de garantizar la autonomía individual, por ejemplo, el aparato policial necesario para el mantenimiento de la seguridad y la protección a la vida, a la integridad física y a la propiedad; la complejidad y el valor de mantenimiento de la estructura judicial esencial para que se asegure el acceso a la justicia e, incluso, para el juicio de acciones con el objetivo, justamente, de proteger los mencionados derechos de “defensa”.

Del mismo modo, los derechos sociales que el Estado ejerce, predominantemente, una función prestacional, lo que no impide la identificación también desde una perspectiva defensiva. El derecho a la vivienda, en ese sentido, no es una excepción a este sistema. Como defiende Sarlet³¹⁶ es posible afirmar que el derecho a la vivienda ejerce, actualmente, la función de derecho de defensa y de derecho a las prestaciones.

El derecho a la vivienda, en ese sentido, crea prestaciones tanto de naturaleza normativa como de naturaleza positiva que vinculan las entidades estatales y, en principio, también los particulares, como beneficiarios de este derecho, aunque se pueda contradecir con respecto al modo e intensidad de esta vinculación y de las consecuencias legales que pueden extraerse de cada manifestación del derecho a la vivienda.

3.3 Paradigma de la construcción de los derechos humanos

El artículo 6º de la Constitución de 1988 reconoce que el derecho a una vivienda digna y adecuada es uno de los derechos que está dirigido a todos los brasileños, en ese sentido, la vivienda, como un componente fundamental de la vida urbana, se transforma en un tema enfrentado por muchos sectores de la sociedad. A lo largo de este tiempo, se procura modificar, paulatinamente, la situación de desigualdad social y territorial en las ciudades.

Se han desarrollado, en muchos municipios brasileños, experiencias de políticas públicas destinadas a paliar/mitigar/disminuir la desigualdad social y territorial. Estas experiencias enfrentan varios desafíos y, entre ellos, está el desafío de potencializar la política de regularización territorial que ocupa la agenda pública, sobre todo, en el aspecto legislativo y ejecutivo. El aspecto judicial está considerado, en gran medida, en el proceso de regularización cuando son necesarias acciones judiciales específicas que garantizan la efectividad de una vivienda social digna.

³¹⁶ I. Wolfgang Sarlet, “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

Describir y explicar las diferentes vías legales que están disponibles en la legislación brasileña es una tarea importante en la protección jurídica de la vivienda de grupos sociales que viven en asentamientos irregulares e informales, llamados en Brasil favelas, una situación que crece cada año de forma alarmante. En este escenario, en defensa de la protección jurídica de una ciudad inclusiva y sostenible, la vivienda digna recupera los fundamentos que dan cuerpo al conjunto de iniciativas jurídicas que consolidan el nuevo orden urbanístico nacional y, dentro de este, se hace necesaria una política pública dirigida, especialmente, para la regularización territorial.

Es en este contexto que el paradigma de la construcción de los derechos humanos ocupa un lugar de destaque ya que subvenciona y fundamenta el sentido del derecho a la vivienda en un modelo de Estado proclamado por la Constitución de 1988 como Estado Constitucional Democrático de Derecho. En este Estado la concepción de democracia como un proceso trazado en el primer paradigma, la participación de la sociedad, ocupa un lugar determinante en la construcción y en la eficacia/efectividad de los derechos humanos fundamentales. Es la alternativa encontrada por los diversos movimientos, entidades, sector privado y público para profundizar y dar eficacia/efectividad a uno de los más importantes derechos humanos fundamentales, la vivienda digna.

El proceso de globalización económico, por un lado, abre las puertas de los estados para el mundo del mercado, para la economía mundial, pero, por otro lado, cierra la puerta de la inclusión económica social de millones de personas que viven en condiciones de pobreza en el mundo. José Maria Rodrigues Ramos al diseccionar las dimensiones económicas, políticas y éticas de la globalización anuncia que:

*Nas entrelinhas da Carta da América, divulgada em fevereiro de 2002 pelo Institute for American Values e assinada por 60 intelectuais americanos, dentre eles Samuel Huntington e Francis Fukuyama, condenando todos os radicalismos e extremismos que matam em nome da fé, suprimem a liberdade das consciências, desrespeitam a liberdade humana e ferem a dignidade da pessoa humana, encontram-se valores que vão muito além dos interesses comerciais ou econômicos.*³¹⁷

³¹⁷ J. Maria Rodrigues Ramos, “Dimensões da globalização: comunicações, economia, política e ética”, Disponible en: <http://www.fAAP.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_01/dimensoes.htm>. Acceso el: 10 ene. 2017.

El mismo autor, en ese escenario, valora la solidaridad como una necesidad universal que podrá ser un nuevo valor que encamina el crecimiento económico y de esa forma afirma que:

*A justiça deveria presidir a evolução da globalização como um valor universalmente presente no processo. O reconhecimento do valor universal da justiça como virtude para todos e a ser praticada por todos seria um bom começo para o futuro dos âmbitos econômico e político. Entretanto, a prática da justiça pura e simples não conduziria a eliminar o fosso existente entre países ou a superar as limitações e dificuldades econômicas de países ou pessoas que carecem dos mínimos meios para a própria subsistência. É nesse ponto que entra um novo valor, não econômico, para amenizar e corrigir as distorções ou assimetrias promovidas pela globalização: a solidariedade. A solidariedade não se impõe. É um valor humano que vem de dentro. Somente a solidariedade pode ajudar a mudar o que a simples justiça não pode alterar.*³¹⁸

La construcción de los derechos humanos está realizada por la comunidad internacional, por la lucha de los pueblos y de las naciones y es el resultado de la evolución histórica de los derechos humanos que tratan el reconocimiento y la protección de los seres humanos y están representados en la Organización de la Naciones Unidas (ONU), en organismos internacionales y en la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como también, en la Unión Europea. En ese contexto los derechos humanos poseen una fórmula jurídica propia que es la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

El siglo XX marca la trayectoria de los derechos humanos por el movimiento que formula convenciones, declaraciones y pactos responsables por la construcción y publicación de mecanismos de los derechos humanos. Antônio Augusto Cançado Trindade formula una importante comprensión sobre los derechos humanos:

*Trata-se de um direito de proteção marcado por uma lógica própria e voltado a salvaguarda dos direitos dos seres humanos [...] Neste proposito se mostra constituído por um corpus juris dotado de uma multiplicidade de instrumentos internacionais de proteção, de natureza e efeitos variáveis [...] operando nos âmbitos tanto global (Nações Unidas) como regional.*³¹⁹

³¹⁸ J. Maria Rodrigues Ramos, “Dimensões da globalização: comunicações, economia, política e ética”, Disponible en: <http://www.faap.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_01/dimensoes.htm>. Acceso el: 10 ene. 2017.

³¹⁹ A. Augusto Cançado Trindade, “Tratado Internacional de Direitos Humanos”, 3ª ed., Porto Alegre, Fabris Editor, 1997, p. 20.

En el mismo sentido, Bobbio, al hablar sobre la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, reconoce que: “*com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é ao mesmo tempo universal e positiva*”³²⁰.

El concepto de vida digna, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de manera indiscriminada, es la vida que está protegida en todos los aspectos fundamentales, sus derechos fundamentales, como la salud, educación, trabajo, paz, entre otros. Esa formulación da un nuevo sentido al papel del estado, en la protección, promoción y no violación de los derechos humanos. Es en ese sentido que Levandowsky afirma:

[...] para atender os anseios e necessidades desse novo homem é que o Estado foi obrigado a abandonar o seu posicionamento passivo e assumir um papel mais ativo, notadamente após a Primeira Guerra Mundial. Surgiu, assim, o estado intervencionista, planejador, o Estado prestador de serviços [...] Estado Social de Direito, em oposição ao Estado Liberal de Direito. [...] O papel desse Estado consiste, basicamente, em promover os direitos econômicos e sociais, isto, é de colocar em prática uma vasta gama de prestação positivas em benefício da coletividade.³²¹

Dallari al discutir sobre la importancia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, señala que el documento contiene tres objetivos muy importantes sobre el tema en debate y afirma:

A certeza dos direitos, exigindo que haja uma fixação previa e clara dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, em qualquer circunstâncias, os direitos fundamentais serão respeitados; [...] procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos.³²²

Otro documento muy importante relacionado al tema de los derechos humanos es la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos que tuvo lugar en Viena en 1993. En esta ocasión se afirma que los derechos humanos son, entre sí, indivisibles, interdependientes e

³²⁰ N. Bobbio, “A Era dos Direitos”, Rio de Janeiro, Campus, 1996. p. 30.

³²¹ E. Ricardo Levandowski, “Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional”, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 63.

³²² A. Abreu Dallari, “Instrumentos de política urbana, Estatuto da Cidade: comentário à Lei 10.257/2001”, São Paulo, Malheiros, 2002. p. 308.

interrelacionados y es desde esta perspectiva que los derechos fundamentales sociales figuran como condición *sine qua non* para la realización de los derechos individuales, es decir, ser libre, tener vida se concretiza cuando tenemos salud, vivienda y trabajo. Así, la vivienda figura como derecho social fundamental para la realización de otros derechos básicos para la vida humana de cada ciudadano. Negar las condiciones mínimas de sobrevivencia afecta directamente a los derechos individuales del ser humano. A partir de este momento, el desafío del siglo XXI es como se pueden materializar los derechos humanos.

Para Araújo y Nunes Junior

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade).³²³

Otro aspecto importante de los derechos humanos es que deben tenerse en cuenta para proteger los derechos a la dignidad, a la libertad, a la propiedad y a la igualdad de todos los seres humanos. Es en ese contexto que la expresión fundamental demuestra que los derechos humanos fundamentales son esenciales a la condición humana. Sarlet entiende que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.³²⁴

Sobre el tema de los derechos humanos fundamentales se encuentra, además de los citados aquí directamente, un amplio conjunto de investigadores que estudian el tema, entre

³²³ L. Alberto David Araujo; Vidal Serrano Nunes Júnior, “Curso de Direito Constitucional”, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005. p. 109/110.

³²⁴ I. Wolfgang Sarlet, “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005. p. 55.

los que se destacan: José Afonso da Silva,³²⁵ Jayme Benvenuto Lima Junior,³²⁶ Ana Cláudia Silva Scalquette,³²⁷ Celso Lafer,³²⁸ R. Alexy,³²⁹ J.C.V. Andrade,³³⁰ Paulo Bonavides,^{331 332} C. Courtis,³³³ C. M. Herrera,³³⁴ A. J. Krell,³³⁵ F. Lassalle.³³⁶

Sobre la relación entre democracia, derechos humanos y desarrollo económico social Trindade recuerda las Naciones Unidas, a través de un informe de la Secretaria General de Estados y documentación de la Conferencia Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo, en 1992, y destaca como prioridad temática de las Conferencias de Cúpula de la ONU: “*a relação entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, considerando a implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, o impacto da pobreza no gozo dos direitos humanos, a participação popular e o fortalecimento das instituições democráticas*”³³⁷.

Sobre el tema de los derechos humanos podemos concluir con la afirmación de Saule:

³²⁵ J. Afonso da Silva, “Curso de direito constitucional positivo”, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

³²⁶ J. Benvenuto Lima Junior, “Manual de Direitos Humanos Internacionais. Acesso aos Sistemas global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos” (Org.), disponible en: <https://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf>. Acceso el: 10 ene. 2017.

³²⁷ Ana Cláudia Silva Scalquette, “Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas”, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

³²⁸ C. Lafer, “A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, 6ª. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

³²⁹ R. Alexy, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, 5ª ed., alemã, trad.: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.

³³⁰ J. C. V. Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

³³¹ P. Bonavides, “A quinta geração de direitos fundamentais”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

³³² P. Bonavides, “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”, *Estud. Av.* v. 18, n. 51, São Paulo, May/Aug 2004, p. 127-150, 2004. Disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007>. Acceso el: 10 jun. 2016.

³³³ C. Courtis, “Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, in: C. P. Souza Neto; D. Sarmento (Orgs.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

³³⁴ J. Herrera Flores (Ed.), “El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal”, Bilbao, Desclee de Brouwer, 2000.

³³⁵ A. J. Krell, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 48-49.

³³⁶ F. Lassalle, “A Essência da Consituição”, 9ª ed., Trad.: Walter Stönnner, São Paulo, Freitas Bastos, 2014.

³³⁷ A. Augusto Cançado Trindade, “A II Conferência mundial de Direitos Humanos (1993): o Legado de Viena”, *A Incorporação das normas internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, São José da Costa Rica, Brasília, 1996, p. 51.

*[...] apesar das dificuldades e resistências, o direito internacional dos direitos humanos torna-se uma realidade, consolidando-se como direito global, uma referência mundial do direito e da justiça para a humanidade. Dessa forma tem produzido efeitos jurídicos perante os países membros da comunidade internacional, a partir da constituição de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos.*³³⁸

En ese contexto podemos destacar tratados y convenciones que llevan a las Naciones Unidas a garantizar los Pactos Internacionales de Derechos Civiles (1966) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) cuyo fundamento principal es la Declaración Universal de los Derechos Humanos dirigida a los ciudadanos, independientemente de sus estados de origen. Aquí cabe destacar que Brasil, entre otros documentos internacionales, aprobó la Declaración de 1948, la Declaración del Derecho al Desarrollo de 1986, Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, Viena de 1993 y, por último, la Declaración de Estambul y Agenda Habitat de 1996.

Para el reconocimiento y el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, en el contexto propuesto, se requiere un estado que sea consciente de su obligación de proteger, cuidar y respetar. Para Grimm es necesario:

*[...] el esfuerzo de limitar el poder del Estado en aras de la libertad de los súbditos, que penetró desde la mitad del siglo XVIII, en la doctrina del derecho natural, se estrechó progresivamente el concepto y reconstitución, eliminándose gradualmente los elementos no normativos hasta que la constitución apareció únicamente como la situación determinada por el derecho público. Solo con las revoluciones del final del siglo XVIII [...] que abolieran por la fuerza de la soberanía hereditaria y originó una nueva sobre la base de planificación racional y la determinación escrita del derecho se consumó la tradición desde un concepto de ser a uno de deber ser.*³³⁹

Basados en esta percepción/comprensión, el concepto de soberanía que está en el texto constitucional se identifica como un conjunto de normas capaces de organizar las funciones del estado, desempeña el ejercicio del poder vinculando la garantía de derechos individuales. Por lo tanto, podemos afirmar que son los derechos fundamentales que van a limitar el poder del Estado y, en consecuencia, la protección de los individuos, teniendo en cuenta el equilibrio de la libertad individual frente a su papel de limitador del poder.

³³⁸ N. Saule Junior, “A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares”, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2004. p. 37.

³³⁹ D. Grimm, “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Trad.: Raúl Sanz Burgos y José Luiz Munoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006. p. 27.

En términos de condiciones y límites, para Grimm la base consensual y la dimensión temporal, sobre la cual la constitución ha de entender el consenso social, lo que presupone un reconocimiento abierto de las constituciones. Así, todo el derecho positivo es el producto de la política, que se fija en las necesidades sociales y propone los cambios que son necesarios. De esta forma, la supremacía de la ley debe ser entendida como el fruto de la participación de la sociedad que, en un proceso democrático, construye el pensamiento colectivo de la comunidad. Por eso los derechos fundamentales pueden y deben ser reconocidos como un proyecto de justicia, incorporado en las instituciones con el fin de garantizar la dignidad humana.

Para Grimm sólo fue posible esta configuración de los derechos fundamentales constitucionales con la “destrucción de la soberanía monárquica y la proclamación de la soberanía popular. [...] sin embargo, el pueblo, al que se le atribuía dicho poder, no era capaz de actuar por sí mismo y hubo de ser dotado de procedimientos y órganos para la formación de su voluntad”³⁴⁰. Dentro de la misma línea, Díez -Picazo Giménez, sigue pensando como las declaraciones de derechos dan fuerza a las constituciones para que estos derechos sean incorporados al documento director, el más importante del Estado y, de esta manera, construir un sistema capaz de dar efectividad a los derechos y ofrecer a los ciudadanos soporte jurídico. Y así, “la progresiva democratización del Estado liberal y la aparición de la moderna democracia de masas condujeron a que en las declaraciones de derechos se proclamasen también los derechos sociales. [...] La Constitución mexicana de 1917 y la Constitución alemana de Weimar de 1920 inauguran esta nueva línea”³⁴¹.

Al analizar la importancia del derecho en la vida de la sociedad, Royo entiende que “el Derecho es un instrumento para ordenar las relaciones de los individuos en sociedad. El derecho tiene, en consecuencia, que seguir a los individuos por todos los caminos que transitan en su vida en sociedad”³⁴². En términos de vivienda constitucional, señala, el mismo autor, que:

³⁴⁰ D. Grimm, “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Trad.: Raúl Sanz Burgos y José Luiz Munoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006. p. 56.

³⁴¹ L. María Díez Picazo, “Sistema de Derechos Fundamentales”, 4ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2013. p. 27.

³⁴² J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 20.

Únicamente hay un momento en el mundo del Derecho en el que se contempla a cada individuo no en lo que tiene de diferente, sino en lo que tiene de igual a todos los demás. Ese es el Derecho Constitucional. Para el Derecho Constitucional el individuo es *exclusivamente* ciudadano. [...] Para el Derecho Constitucional el individuo es simplemente ciudadano, esto es, titular de derechos fundamentales en condición de igualdad.³⁴³

De esta manera, para Royo la definición de estado constitucional “es la que determina el contenido y estructura del Derecho Constitucional, que no consiste sino en la exposición de cómo avanza el Estado en su proceso de jurisdicción”³⁴⁴. Lo que está claro es que el tipo de Estado determina el modelo Constitucional y, en ese sentido, en el modelo Democrático de Derecho, como es el caso de Brasil, los derechos fundamentales tienen su fundamento en el principio de la dignidad humana. Así pues, el propio contexto de inclusión de los derechos fundamentales remite al modelo de Estado Social de Derecho.

Para Soriano García,

[...] los derechos pueden dar límites al Estado, ‘pero dentro de esos límites sigue siendo siempre poder de dominación. El Estado puede ser democrático y fundar el poder público en voluntad popular: el Estado sigue siendo poder de dominación y solo queda sometido al principio democrático el modo de su constitución y de su ejercicio. El poder del Estado en cuanto tal, en todas las Constituciones, es el mismo’.^{345]} ³⁴⁶

El principio democrático se presenta, según Soriano García, “[...] por dos vías: la vinculación a objetivos populares y la teoría de la participación. En cuanto a la participación, nos atenemos a lo que se expresará inmediatamente y que, realmente, es un elemento como se verá que ha quedado reducido a un nivel prácticamente de técnica jurídica”. Además, completa Soriano García que: “Todo por el pueblo. Pero salvo que se entienda que hay que dar un paso potenciando los mecanismos asamblearios, la expresión se diluye directamente en el propio ‘principio de Estado de Derecho, el cual concibe en modo alguno la norma si no es emanada de un Parlamento elegido democráticamente’³⁴⁷”.

³⁴³ J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 21.

³⁴⁴ J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 51.

³⁴⁵ E. Forsthoft, “Problemas Constitucionales del Estado Social”, in: W. Abendroth e E. Forsthoft e K. Doering, *El Estado Social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

³⁴⁶ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial”, Madrid, Iustel, 2012. p. 131.

³⁴⁷ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial”, Madrid, Iustel, 2012. p. 134/135.

Soriano García nos llama la atención para la expresión democrática de forma decisiva:

Por consiguiente: si lo que se quiere decir con la expresión democrática es que la ley tiene que proceder de un Parlamento elegido democráticamente, concedido sin paliativos. Pero, para ese camino no es necesaria esta alforja. Ya está incluido, sin matizaciones, en el propio concepto de Estado de Derecho. Y por tanto es un añadido innecesario, irrelevante y, en cuento oscurecido del verdadero y prístino Estado de Derecho, es un adjetivo desorientador y, por tanto, peligroso. [...] es de razón jurídica basada en una cultura política democrática” [...] Sin democracia no existe, siquiera por aproximación, nada que se parezca al Estado de Derecho.³⁴⁸

Además, Otfried Hoffe completa que en el sistema democrático el pueblo no está solamente reconocido como electorado temporal, sino también como actor político que puede y debe decidir de manera directa y, aquí, para el autor es importante tener en cuenta la interconexión directa entre la Democracia y el Derecho.³⁴⁹ Por esta razón, los derechos fundamentales se basan, históricamente, en los principios de la dignidad humana y de la participación de la sociedad. Idea reconocida por la mayoría de los autores que investigan los derechos humanos, conforme a la lista más arriba detallada.

Con relación a los derechos humanos fundamentales con las constituciones Picazo afirma que:

La historia de las declaraciones de derechos está íntimamente ligada a la historia del constitucionalismo, es decir, a aquella corriente de pensamiento que propugna la limitación y el control de poder político por medio del derecho. Ello es claro ya en las primeras declaraciones de derechos: el *Bill of Rights* de 1689, en Inglaterra; las declaraciones de ex colonias norteamericanas –sobre todo, la de Virginia de 1776– y las primeras diez enmiendas a la Constitución Federal, en los Estados Unidos; la Declaración des *droits de l’homme et du citoyen* de 1789, en Francia. Todas ellas fueron producto de las grandes revoluciones liberales que, frente al absolutismo, dieron vida al constitucionalismo moderno. Desde de su las declaraciones de derechos han tenido como finalidad primaria proteger a los particulares frente al Estado: la acción de todos los poderes públicos debe hallar un tope jurídicamente infranqueable en esos derechos solemnemente declarados. Puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Así, las declaraciones de derechos son, junto a la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos, uno de los grandes temas de todo el constitucionalismo.³⁵⁰

³⁴⁸ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial”, Madrid, Iustel, 2012. p. 136.

³⁴⁹ O. Hoffe, “A Democracia no Mundo de Hoje”, Trad.: Tito Livio Cruz Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

³⁵⁰ L. María Díez Picazo, “Sistema de derechos fundamentales”, 4ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2013. p. 25.

Para Bonavides las normas constitucionales expresan el deber ser, confirman derechos e imponen deberes a todos los ciudadanos y, así, los derechos fundamentales constituyen

*[...] direitos e garantias constitucionais, como direitos subjetivos e exigíveis juridicamente, que se revelam basicamente nas normas de direitos fundamentais da pessoa humana. [...] Sempre que um bem inerente à pessoa humana se encontra oprimido ou ameaçado surge a necessidade de sua proteção jurídica, e, então, esse bem adquire os contornos de um direito fundamental, a requerer reconhecimento constitucional.*³⁵¹

Celso Lafer al presentar la versión brasileña de la obra de Norberto Bobbio sobre la conexión entre los derechos humanos fundamentales y la democracia escribe que:

*Os direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico; sem direitos do homem reconhecidos e protegidos não há democracia; sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos.*³⁵²

Bobbio, al hacer la introducción de su propia obra en Turín en octubre de 1990, reconoce que:

*O problema é estreitamente ligado aos da democracia e da paz, [...] O reconhecimento da proteção dos direitos do homem está na base das constituições modernas. A paz, por sua vez, é o pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. [...] Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia e a sociedade dos cidadãos e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.*³⁵³

El proceso de construcción de la democracia establece los términos del modelo constitucional de los derechos sociales y, en consecuencia, para Lafer, son las demandas sociales que contribuyen en gran medida para ampliar el significado de los derechos sociales.

³⁵¹ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 139.

³⁵² C. Lafer in: N. Bobbio, “A era dos direitos”, Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 1.

³⁵³ N. Bobbio, “A era dos direitos”, Trad.: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004, p. 21.

Por lo tanto, los derechos sociales son el fruto de la madurez/del desarrollo de esas exigencias sociales que alargan/extienden el significado del bienestar, de la vida digna y de la igualdad.

Para Lafer, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre constituye la conciencia universal de los derechos fundamentales de la humanidad que se consolida en la segunda mitad del siglo XX. A medida que surgen los nuevos derechos, se califica la teoría de los derechos fundamentales, puesto que está siempre condicionada a la evolución de la sociedad humana y su crecimiento exige nuevas actitudes del estado y de la población para que se concreten los derechos sociales.

Ciertamente, las fuentes fundadoras de los derechos sociales tienen su origen en la concepción de los derechos naturales que surgen como fuente de inspiración de las declaraciones de derechos del hombre y, en ese sentido, Bonavides reconoce que las libertades públicas no son capaces de interactuar con los problemas sociales que, más tarde, van a dar origen a los derechos sociales. Del conjunto de los autores en que se fundamenta Silva uno de los más destacados es José Castan Tobenas que comprende que:

[...] destacados iusnaturalistas, aun reconociendo que, al ser el hombre sociable por naturaleza, todos los derechos son, a la vez, individuales y sociales, clasifican los derechos humanos, según su aspecto predominante, en derechos naturales de *carácter privado* (llamados también *individuales*) y derechos naturales de *carácter público* (llamados también *sociales o políticos*). Los primeros, dice LUÑO PEÑA, se refieren, singularmente y preferentemente, a la persona humana, prescindiendo de toda consideración a la organización jurídica de la sociedad en forma de Estado, mientras que los segundos corresponden a la persona humana frente al Estado, es decir, dentro de la sociedad políticamente constituida y jurídicamente organizada.³⁵⁴

Para Silva, las primeras aspiraciones que dan origen a los derechos sociales ocurren dentro de las luchas que la sociedad, por su cuenta y riesgo, inicia y eso contribuye, decisivamente, para la construcción normativa y, en ese sentido, las condiciones materiales a medida que van surgiendo dan sustentabilidad a las condiciones subjetivas de formulación e inclusión en las declaraciones de derechos y en los textos constitucionales. Bonavides en esa misma línea, reconoce que las condiciones objetivas tienen un fuerte fundamento filosófico desde su origen.

³⁵⁴ J. Castan Tobenías, “Los Derechos del Hombre”, 2ª ed., Madrid, Reus, 1975. p. 33.

Sobre esa construcción, Pérez-Luño hace una crítica contundente sobre el orden natural de los valores absolutos individuales del hombre justificado, en un primer momento, por las primeras declaraciones de derechos, por estar centrados, casi únicamente, en el individualismo y olvidarse de los valores sociales que, históricamente, penetran en la vida de las comunidades y de las ciudades.

No obstante, para Silva, esos fundamentos están superados por un proceso de condiciones económicas y sociales que dan origen a nuevas condiciones materiales y, por eso, surgen nuevos derechos, los derechos económicos y sociales. Estos derechos se basan en nuevas fuentes de pensamiento, es decir, la doctrina marxista asociada a la doctrina social de la iglesia (aceptada en gran medida en América latina). Esta doctrina fue fundada, originalmente, por el Papa León XIII, que proclama la necesidad de pensar “*uma ordem justa, mas ainda dentro do regime capitalista, evoluindo, no entanto, para uma igreja dos pobres, que aceita os postulados de uma democracia de conteudo social*”³⁵⁵.

En términos históricos los derechos fundamentales se construyen como expresión de los derechos humanos, en ese sentido, están de acuerdo la mayoría de los autores citados en este trabajo. Entre ellos, destacamos a Bonavides que entiende que: “[...] *o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre os autores anglo-americanos e latinos, em coerência alias com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães*”³⁵⁶. Sin embargo, la hipótesis fundamental, sea para los alemanes o para los latinos, es la de una vida de libertad y dignidad reconocida, también es así para Bonavides, basado en Hesse, que define que: “*direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais*”³⁵⁷.

En términos de criterios Carl Schmitt los ordena señalando, en primer lugar, todos los derechos y garantías designados por la Constitución y, en segundo lugar, el concepto de que son derechos fundamentales, así lo entiende Bonavides: “[...] *aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são*

³⁵⁵ J. Afonso da Silva, “Teoria do Conhecimento Constitucional”, São Paulo, Malheiros. 2014. p. 446.

³⁵⁶ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 514.

³⁵⁷ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 514.

imutáveis (unabänderliche) ou pelo menos de mudança dificultada (erschwert), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição”³⁵⁸. Esos derechos siempre están condicionados al tipo de estado, es decir, cada estado posee derechos fundamentales garantizados por su constitución.³⁵⁹

La democracia exige un estado de derechos fundamentales, sin un ambiente, sin una cultura de derechos fundamentales no hay una verdadera democracia. Así los derechos fundamentales se transforman en condición *sine qua non* para el funcionamiento de la democracia. Habermas, en ese sentido, reconoce que existe una conexión intrínseca entre derechos fundamentales y democracia, una fuerza de atracción entre los dos polos, Estado de Derechos Fundamentales y Democracia.³⁶⁰ Los derechos fundamentales están asociados a la libertad personal y la libertad política y, así, esta fuerza de atracción es normativa. Por eso, el Estado de Derecho exige la democracia como consecuencia impuesta por el reconocimiento de la igualdad que atraviesa todo el edificio del Estado de Derecho.

Además, en términos de dimensión, los derechos fundamentales tienen su concepto literalmente de acuerdo con el modelo de estado de la época, o sea, el Estado Liberal. En términos de limitación, los derechos fundamentales se fundamentan en la ley, en un sentido general, o sea, el control de estos derechos se hace, efectivamente, a través de la ley. Los derechos básicos consagrados como inalienables e imprescriptibles son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. Los os derechos de primera dimensión para Bonavides, “*São por igual direitos que valorizam, primeiro, o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil, da linguagem jurídica mais usual*”³⁶¹.

³⁵⁸ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 515.

³⁵⁹ Sobre el tema de derechos fundamentales ver: R. Alexy, “Teoria dos direitos fundamentais”, 2ª ed., Trad.: Virgílio Alonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2012; C. Schmitt, Carl, “Teoría de la Constitución”, Versión Española: F. Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982; I. Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004; F. Konder Comparato, “A afirmação histórica dos direitos humanos”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007; A. de Moraes, “Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral”, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011; J. Adércio Leite Sampaio, “Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais”, Belo Horizonte, Del Rey, 2013; D. Sarmento, “Direitos fundamentais e Relações Privadas”, Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2004.

³⁶⁰ J. Habermas, “A inclusão do outro – estudo de teoria política”, Trad. G. Sperber, Rio de Janeiro, Loyola, 2002.

³⁶¹ P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 518.

Así se confirma que los derechos fundamentales son el producto de las transformaciones sociales y que, poco a poco, se integran al ordenamiento jurídico. Bonavides reconoce que:

*[...] até o século XVIII, a opressão se fazia pelo poder absoluto dos reis, não deixando espaço à atuação individual – daí que as revoluções constitucionalistas do século XVIII criaram o sistema de constituições escritas, com o fito de limitar o poder e fazer valer as declarações dos direitos do homem e do cidadão, os chamados direitos individuais. Segundo, ainda no século XVIII surgiu a chamada Revolução Industrial, que gerou forte poder econômico a oprimir os trabalhadores, de onde a batalha para criar meios institucionais de sua proteção, daí o sistema de direitos econômicos, sociais e culturais. Terceiro, já no século XX, novos antagonismos apareceram em detrimento da pessoa humana, como a contaminação da natureza, as guerras, a miséria, a requerem proteção especial por meio da positivação de direitos especiais.*³⁶²

Además, sobre los derechos fundamentales apunta Pérez Luño que “[...] se da un estrecho nexo de interdependencia genético y funcional, entre Estado y Derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de Derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de Derecho”³⁶³. De esa manera, es posible afirmar que el contenido de los derechos fundamentales sociales tiene que ver y depende del tipo de estado social. Es la constitución económica la que da soporte material a los derechos fundamentales, o sea, integrada en los derechos fundamentales (propiedad, libertad de empresa, etc.) define el sistema de cada uno de los derechos.

Perez Luño para concluir el debate comprende que:

[...] la concepción de los derechos fundamentales determina, de este modo, la propia significación del poder público, al existir una íntima relación entre el papel asignado a tales derechos y el modo de organizar y ejercer las funciones estatales. Los derechos fundamentales constituyen la principal con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana.
[...] Lo que en términos constitucionales, para él los derechos fundamentales desempeñan, por lo tanto, una doble función: en el plano subjetivo siguen actuando como garantías de la libertad individual, si bien a este papel clásico se aúna ahora la defensa de los aspectos sociales y colectivos de la subjetividad, mientras que en el objetivo han asumido una dimensión institucional a partir de la cual su contenido

³⁶² P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002. p. 440.

³⁶³ A. Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007. p. 19.

debe funcionalizarse para la consecución de los fines y valores constitucionalmente
proclamados.³⁶⁴

Ahora bien, el proceso de la garantía de los derechos, para Soriano García, es la combinación del Estado Democrático y el Estado de Derecho y esta es la condición para que se reconozcan los derechos fundamentales. Para el autor, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ya reconoce que “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”³⁶⁵.

Lo que confirma la importancia de los principios de la supremacía de la ley, esencia del Estado de Derecho, y que, en términos democráticos, es muy importante la advertencia que hace Soriano García, cuando dice que “[...] la Democracia, suelta por sí sola, acaba en populismo, base al fin, de tiranía, aun sin Dictadura en sentido estricto”³⁶⁶. La técnica de destrucción del Estado de Derecho es siempre igual, pese a que la elección del destructor haya sido democrática. Consiste, elementalmente, en utilizar el poder de excepción como normal y, así, deprimir el umbral de resistencia del resto de los poderes hasta su eliminación.

De este modo, a nuestro juicio, el poder no es legítimo y la garantía de los derechos está amenazada y, además, controlada por el poder de excepción, por el poder despótico que tiene una apariencia democrática puesto que está garantizada por el proceso electoral, sin embargo, es totalmente autoritario y controlador de todo, incluso, de los derechos de las personas. En la construcción de los derechos individuales y sociales y como consecuencia de estos, la construcción de un nuevo orden urbanístico capaz de dar efectividad/eficacia al derecho social a la vivienda es la participación de la sociedad y, por esta razón, es un verdadero paradigma. Es de lo que trataremos en el siguiente punto.

³⁶⁴ A. Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007. p. 25.

³⁶⁵ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 63/64.

³⁶⁶ J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012. p. 65.

3.4 Paradigma de la participación de la sociedad

El periodo de redemocratización de Brasil (1985 a 1988) favorece un fortalecimiento de la sociedad, hasta tal punto que surge un proyecto social de reforma urbana que, a su vez, profundiza la experiencia de participación de la sociedad alrededor de una causa común, la construcción de una ciudad inclusiva en la que toda la población es un sujeto de derechos y deberes, en un proceso de construcción marcado por un diálogo permanente entre las organizaciones de la sociedad civil, estado y sector privado.

Es, precisamente, este ambiente que crea las oportunidades para la construcción de un nuevo orden urbanístico legislativamente regulado por el “*Estatuto da Cidade*” en 2001. Antes, sin embargo, esta misma realidad de participación social eleva el derecho a la vivienda al texto constitucional, la enmienda 26 de 2000, al núcleo de derechos fundamentales, derechos individuales y derechos económicos sociales y culturales, esta reivindicación de la sociedad es un tema muy importante y merece un nuevo orden urbanístico.

Esta parte de la investigación tiene como objetivo principal pensar en una vivienda social y en las políticas públicas de regularización territorial de los asentamientos irregulares consolidados. La construcción del derecho a la vivienda y de las políticas públicas de regularización territorial urbana, a nuestro juicio, se hacen pautadas en dos paradigmas fundamentales: el paradigma de la construcción de los derechos humanos y el paradigma de la participación de la sociedad. Estos dos paradigmas aclaran, no solamente, el concepto y la construcción de un nuevo orden urbanístico, sino, además, diversos instrumentos de protección al ordenamiento de la ciudad y de la vivienda social digna.

El movimiento constitucional que inaugura lo que más tarde, se acuerda en llamar Estado Constitucional tiene, según señala Barroso, su núcleo fundador, así como el modelo liberal y social, en las normas de reparto y limitación de poder y en la protección de derechos frente al estado. Sin embargo, la noción de democracia se incluye en el debate, de ahí que se incorpore la idea de fuente legítima de poder, la representación política. ¿Qué va a pasar a lo largo del siglo XX en el debate sobre el poder? Es decir, ¿Quién decide? (fuente del poder),

¿cómo se decide? (procedimiento adecuado) y ¿qué es lo que se puede o no se puede decidir? (contenido de las obligaciones negativas o positivas del estado).

De esa manera, el siglo XX es el ambiente ideal que va a permitir la construcción del Estado Constitucional de Derecho, o Estado Democrático de Derecho. Lo que para Barroso significa decir que: “*Quanto ao Estado de Direito, é certo que, em sentido formal, é possível afirmar sua vigência pela simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares*”³⁶⁷.

Por esa razón, ya mencionamos en ese trabajo que el contenido del derecho en términos de su eficacia está sometido a la legitimidad del poder y a la legitimidad pública por la sociedad, tanto en su construcción como en *su aplicación*. Esa visión, desde el punto de vista de la democracia, hace que sea posible considerar la idea de la mayoría y el reconocimiento de los derechos fundamentales, como, por ejemplo, las libertades públicas, cuando están subordinadas a los términos democráticos, dan condiciones para la materialidad de los derechos. Así, afirma Barroso que “[...] *a alma do Estado constitucional de direito, é mais do que governo da maioria, o governo para todos. Isso inclui não apenas as minorias – raciais, religiosas, culturais-, mas também os grupos de menor expressão política, ainda que não minoritários como as mulheres e, em muitos países, os pobres em geral*”³⁶⁸.

La realización de la democracia, para Barroso, se debe considerar como la dimensión más importante del estado ya que promueve los derechos fundamentales individuales y sociales. Barroso afirma que:

[...] *a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de*

³⁶⁷ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 65.

³⁶⁸ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 66.

*patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe a vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade.*³⁶⁹

Con relación al proceso democrático de las decisiones Santos, a partir de las experiencias de América latina, inclusive Brasil, hace un importante debate sobre los principios y fundamentos del proceso democrático y, nos llama la atención, en una lectura que denomina de global para local, que existen emergencias democráticas, a lo largo del siglo XX. De las que señalamos, en primer lugar: “[...] *a democracia assumiu um lugar central no campo político durante o século XX [...] que foi efetivamente um século de intensa disputa em torno da questão democrática*”³⁷⁰.

Además, en ese estudio, el autor considera que el debate gira alrededor de dos puntos principales. El primero, que denomina de “*desejabilidade da democracia*”, basado, básicamente, en Weber (1919), Schmitt (1926), Kelsen (1929), Michels (1949) y Schumpeter (1942) y, el segundo, que denomina “*das condições estruturais da democracia*” basado en Moore (1966); O’Donnell (1973); Przeworski (1985), que se convierte en un debate sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre la democracia y el capitalismo.

Santos, en el primer punto – *desejabilidade* de la democracia – presenta la *desejabilidade* como una forma de gobierno que se vuelve central al final de las dos guerras mundiales y obtiene como resultado una cierta restricción de las formas de participación de la sociedad en la que la soberanía se amplía a favor del consenso en el proceso de formación de gobierno. El segundo punto- condiciones estructurales de la democracia- presenta al lado de la *desejabilidade* las condiciones estructurales y es, “*também, em um debate sobre a compatibilidade ou incompatibilidade entre a democracia e o capitalismo*”³⁷¹.

Santos constata que entre el Estado de Derecho sometido a la ley y la globalización hay un dominio de esta última que influye, de forma efectiva, en un nuevo modelo de

³⁶⁹ L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015. p. 66.

³⁷⁰ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 40.

³⁷¹ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 40.

regularización en el que los derechos fundamentales pierden el lugar de fundamental frente al mercado. Por lo tanto, el mercado global ahora asume el papel regulador a su favor, así como penetra en términos de supremacía de mercado en el ámbito doméstico.

El interés de esta investigación sobre este debate se basa en que la “*desejabilidade*” aliada a las condiciones estructurales, a nuestro juicio, puede ayudar en el tema de los derechos fundamentales, individuales y sociales, de un estado que los reconoce formalmente como centralidad del texto constitucional y por eso, la esencia del Estado Constitucional de Derecho. Por lo tanto, el fenómeno de la supremacía del mercado sobre las constituciones debilita el propio fundamento del Estado Constitucional. En ese sentido, el ser de la democracia que tiene como requisitos básicos la limitación del poder y la democratización del proceso de decisión, se debilita, pierde su propia existencia como proceso de participación de la sociedad.

Por esa razón, el autor nos dice que es necesario entender la democracia como proceso de construcción, concretización y de realización del estado. Por eso es importante el paradigma de la participación de la sociedad en el proceso de construcción y efectividad/eficacia del nuevo orden urbanístico inaugurado con el “*Estatuto da Cidade*”.

Santos añade a este debate que:

*Entretanto, um segundo debate se articulava ao dos requisitos estruturais da democracia, o debate sobre as virtualidades redistributivas da democracia. Tal debate partiu do pressuposto de que à medida que certos países venciam a batalha pela democracia, junto com a afirmação de governo eles passavam a usufruir de uma certa propensão distributiva (Przeworski, 1985). Haveria, portanto, uma tensão entre capitalismo e democracia, tensão essa que, uma vês resolvida a favor da democracia, colocaria limites a propriedade e implicaria em ganhos distributivos para os setores sociais desfavorecidos.*³⁷²

Posner al estudiar la democracia participativa, basada en la construcción marxista, argumenta que el modelo no llegará muy lejos y, por lo tanto, el tipo de democracia que gana forma y, de hecho, se ensaya a nivel mundial es la democracia representativa, en la que la

³⁷² B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 40.

participación social se limita, básicamente, al ejercicio del voto, sin embargo, en Brasil la experiencia obtenida en el periodo de democratización (1965 a 1985) deja claro lo que denominamos paradigma de la sociedad que pasa por un proceso democrático y se consolida a partir de 1988.³⁷³ Esto justifica la posición de que el principio de la participación de la sociedad, a pesar de no estar explícitamente codificado en la Constitución, gana las calles y llega a 2001 con la construcción de un nuevo orden urbanístico que sigue a partir de entonces con el trabajo de conseguir la efectividad/eficacia del derecho a la vivienda digna.

Recordemos que los efectos distributivos de la democracia pierden sus características con el desmantelamiento del Estado Social lo que, para Santos, este hecho lleva a otra posibilidad que es la de pensar la democracia en términos de procesos estructurales y, por lo tanto, la idea de democracia como un proceso que organiza y garantiza la participación de la sociedad. En ese sentido, Sousa Santos

*[...] com o desmonte do Estado do bem-estar Social e com os cortes das políticas sociais a partir da década de 1980 também pareceram invalidas as análises de autores como Perzeworski ou Lipset acerca dos efeitos distributivos irreversíveis da democracia em particular para os assim chamados países em desenvolvimento ou países do Sul .*³⁷⁴

Damos continuidad al debate sobre las condiciones estructurales de la democracia refiriéndonos a Santos cuando hace mención al modelo de democracia clásica, nos llama la atención sobre dos posibles patologías. La patología de la participación y la patología de la representación cuyo resultado es la falta de motivación, la falta de credibilidad y la depreciación de los ciudadanos en sus representantes. En el contexto de Guerra Fría, el debate se dirige hacia lo que el autor llama de debate de la democracia popular contra la democracia liberal. En esa situación, países como Brasil, así lo cree Santos, consiguen recuperar tradiciones de prácticas participativas, aunque sean locales, pero que contribuyen de manera significativa en el proceso de construcción e inclusión de los derechos sociales en la Constitución de 1988.

³⁷³ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010.

³⁷⁴ B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002. p. 41.

El debate sobre la democracia popular contra la democracia liberal propuesto por Santos, en términos conceptuales, se origina en el debate sobre la crisis de la democracia que sucede por la desmovilización del estado del bienestar y, en ese contexto, el autor nos llama la atención sobre un problema de suma importancia que es la distancia que hay entre la democracia popular y la democracia liberal que ocurre a lo largo del siglo XX. Esta distancia, en términos conceptuales y prácticos, es la falsa idea de que la solución a la crisis es el abandono del papel de la movilización social y, junto a esto, la suposición de que la solución dada por la democracia, a la que el autor llama elitista, es hegemónica hasta tal punto que interfiere y define los términos de las democracias nacionales.

Este nuevo enfoque perjudica la posibilidad de combinar los mecanismos de participación y la propia manera de representación y, en ese sentido, Santos hace un trabajo muy importante de recuperación de experiencias nacionales, como por ejemplo en Brasil, y rescata nuevas sugerencias. Sin embargo, el país vive desde el periodo de redemocratización hasta 2001, entre otras experiencias la que mencionamos más arriba, la construcción de un nuevo orden urbanístico que permite otras experiencias, marcadas por la participación de la sociedad, en los estados y municipios que implantan la política urbana de regularización del territorio a favor de una ciudad inclusiva y ambientalmente agradable para vivir.

En el debate, Posner deja clara su convicción de que la democracia directa es sólo un sueño de sus construcciones y afirma que la democracia norteamericana

*[...] descreve melhor o sistema político, mas está distante dos sonhos de democratas deliberativos. Mas fornece uma estrutura mais nutridora para a cultura econômica e social distintiva do que a democracia americana descrita por Tocqueville [...] um aumento na democracia, provavelmente, teria que ser comprado com uma redução da liberdade, [...].*³⁷⁵

Así pues, Posner se distancia de Santos que cree en un giro sobre el debate, como menciono más arriba, que permite otro tipo de experiencia democrática. Y que, además, dirige el debate hacia otro concepto de la propia democracia, en términos iguales a los que hace

³⁷⁵ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 114.

Magalhães³⁷⁶. De esta manera, para Santos se profundiza el proceso que se dirige hacia una democracia mixta, para Magalhães surge otro concepto, la democracia como proceso que tiene en la participación de la sociedad su significado más fuerte.

En su defensa, Posner concluye que:

*Se a eleição indireta expressava desconfiança no público, a separação de poderes e a adoção de uma Declaração de Direitos, judicialmente executável, expressava desconfiança nos representantes, apesar das esperanças dos idealizadores num funcionalismo com consciência cívica alojada na eleição indireta [...] A Democracia continua a ser alvo de desconfiança.*³⁷⁷

El autor da continuidad a la sospecha de que la democracia norteamericana, considerada cuna de la democracia para el mundo, es, verdaderamente, una democracia deliberativa de elite.

El autor, cuando habla sobre el método democrático, señala que el mayor problema de los idealizadores de la democracia deliberativa es el miedo que tienen de la propia democracia y, la verdad, es que: “*o método democrático é o acordo institucional para se chegar a decisões políticas nas quais os indivíduos adquirem poder para decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto das pessoas*”³⁷⁸. En la misma línea de pensamiento, continúa el autor, citando a Albert Weale (1999):

*A democracia é um método, mas do que um ideal de cultura política, na qual determinados indivíduos, mais do que o público em geral, adquire o poder para decidir sobre questões de políticas públicas. Seu principal modo de operação, portanto, é uma luta competitiva pelo voto do povo e não discussão e decisão entre as próprias pessoas.*³⁷⁹

³⁷⁶ J. Luiz Quadros de Magalhães, “Poder Municipal – paradigma para um estado constitucional brasileiro”, Belo Horizonte, Del Rey, 1997.

³⁷⁷ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 115.

³⁷⁸ R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 138.

³⁷⁹ A. Weale *apud* R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010. p. 138.

Además, finaliza el autor, citando a Robert Dahl (1970), que: “*A democracia parece ser um sistema relativamente eficiente para reforçar o acordo, encorajar a moderação e manter a paz social num povo inquieto e imoderado, operando uma sociedade gigantesca, poderosa, diversificada e incrivelmente complexa*”³⁸⁰.

La efectividad/eficacia del derecho a la vivienda social constituye el núcleo de nuestro trabajo. Por esta razón dedicamos gran parte del trabajo/de la tesis al estudio del modelo del estado brasileño, Estado Democrático de Derecho, que tiene su marco histórico/punto de referencia en la Constitución de 1988. Una construcción precedida de un momento muy importante de la historia republicana nacional que es el periodo de redemocratización³⁸¹ cuyo paradigma orienta la consolidación del modelo de Estado Constitucional Democrático de Derecho, a nuestro juicio, es la participación de la sociedad en la realización del texto constitucional que lleva, en 2001, a la construcción de un nuevo orden urbanístico. Este nuevo orden define los términos de la efectividad/eficacia del derecho a la vivienda a través de una política pública específica de regularización territorial que pasa a exigir una relectura interpretativa de los principios constitucionales de la dignidad humana y de la eficiencia/eficacia pública propuestos en este debate.

Para dar fuerza al reconocimiento y a la efectividad/eficacia de los derechos como condición para la realización del principio de la dignidad humana, orientador y centralizador del texto constitucional, la reconfiguración del concepto de democracia se hace urgente en el escenario nacional. Democracia que, en nuestra investigación, sea cual sea el modelo de estado, liberal, social o democrático de derecho, posee un factor común que es la idea de que la sociedad y el estado crean la exclusión social y, por lo tanto, la centralidad de un modelo de desarrollo económico social que no permite otro camino que no sea el del desarrollo social sometido al económico, un estado constitucional sometido a una idea de desarrollo compatible con el desarrollo social, siempre y cuando no perjudique un nivel de enriquecimiento de una parte de la población inmensamente superior a la capa más pobre. Es decir, un modelo de

³⁸⁰ R. Dahl *apud* R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 140.

³⁸¹ “Redemocratização: É conhecido como ‘redemocratização’ na história do Brasil o período de abertura política, ou seja, de recuperação das instituições democráticas abolidas pelo chamado Regime Militar, instituído em 1964, e que impunha desde aquele ano um regime de exceção e de censura às instituições nacionais” (Disponible en: <www.infoescola.com/historia-do-brasil/redemocratizacao>. Acceso el: 5 ene. 2017).

desarrollo que ignora otros caminos y que se basa en diversos valores. Así, se concibe un modelo de poder que no admite la idea de la subversión del orden y tiene como principio intocable el crecimiento económico a cualquier precio.

En este sentido, aunque la democracia tenga como núcleo la participación de la sociedad, de todas las personas por igual, en la construcción y en la efectividad de los derechos que pasan, necesariamente, por el dominio económico, en lo que se refiere a las reformas que vienen justamente de este dominio económico, siempre son toleradas por el poder que tiene la mayor fuerza, el poder económico, casi intocable, de la supremacía y, por qué no decirlo, de la dictadura del poder económico a cualquier precio.

El proceso democrático visto desde la perspectiva de la participación de la sociedad ofrece señales de una nueva lógica, de un nuevo modelo económico³⁸² y social. En 1964 la fuerza de movilización social que se construía en Brasil fue sofocada por el golpe militar³⁸³. Esta fuerza de movilización social se recupera a lo largo del periodo de redemocratización (1965 a 1985). Un claro ejemplo de elección de un modelo de desarrollo, un modelo de estado que cuando las reformas señalan el crecimiento de la participación de la sociedad, el poder económico, utilizando el aparato del estado, reprime esas manifestaciones de participación y da al vencedor poder económico³⁸⁴ y la autoridad de cambio del propio régimen político en nombre del “orden nacional”.

³⁸² “Modelo econômico na definição de modelo econômico segundo Karl Popper (1972), segundo GIACOMO, (2004) é uma representação simplificada da realidade econômica expressa através de símbolos e operações matemáticas que busca descrever certo conjunto de relações econômicas. Assim, um modelo econômico pode ser definido como uma expressão matemática de uma determinada teoria econômica. Este tem como características básicas: represente um fenômeno econômico real, que a representação seja simplificada e que seja feita em termos matemáticos”. Disponible en: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/ecod03/modelos-economicos.pdf>>. Acceso el: 6 ene. 2017.

³⁸³ “Em 31 de março de 1964, militares contrários ao governo de João Goulart (PTB) destituíram o então presidente e assumiram o poder por meio de um golpe. O governo comandado pelas Forças Armadas durou 21 anos e implantou um regime ditatorial. A ditadura restringiu o direito do voto, a participação popular e reprimiu com violência todos os movimentos de oposição.” Disponible en: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/ditadura-militar-1964-1985-breve-historia-do-regime-militar.htm>>. Acceso el: 6 ene. 2017.

³⁸⁴ O Governo Militar de 1964: “na economia, o governo colocou em prática um projeto desenvolvimentista que produziu resultados bastante contraditórios, já que o país ingressou numa fase de industrialização e crescimento econômico acelerados, sem beneficiar a maioria da população, em particular a classe trabalhadora”. Disponible en: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/ditadura-militar-1964-1985-breve-historia-do-regime-militar.htm>>. Acceso el: 6 ene. 2017.

El Estado Constitucional limita poderes, distribuye competencias y declara derechos fundamentales, sin embargo, la elección del modelo liberal, con las características de una centralidad del crecimiento económico desordenado y una concentración económica (siglo XIX), se opone a la continuidad del propio modelo. La muerte del modelo liberal tiene su punto de inflexión en la primera guerra mundial y, como resultado, da lugar a dos propuestas de modelo económico social, el Estado Socialista, Rusia en 1917 rompe con el pensamiento liberal y hace duras críticas al capitalismo³⁸⁵. Rusia se instituye a partir del pensamiento marxista-leninista, el cual propone una nueva estructura para una sociedad sin estado, sin poder, sin jerarquía. Ese modelo fracasa y no sobrevive.

Al mismo tiempo, surgen las llamadas constituciones sociales en México (1917) y Alemania (1919) que reformulan el modelo liberal y dan lugar a lo que llamamos Estado Constitucional Liberal o Neoliberalismo. Esta propuesta consolida la intervención en el campo económico y la asistencia a los pobres y excluidos del sistema liberal, ofrece derechos sociales a una clientela de desfavorecidos económicamente hablando. Sin embargo, con este modelo económico social no vemos una ruptura con el liberalismo sino la adaptación de un modelo económico a los problemas sociales, como educación, salud, vivienda, entre otros.

Las Constituciones amplían el catálogo de derechos fundamentales y añaden al núcleo de derechos individuales y políticos nuevos derechos sociales y económicos. Sigue a este escenario internacional la Constitución de 1988 que contiene en su artículo 6º varios derechos sociales y entre ellos, a través de la enmienda constitucional nº 26 de 2000, el derecho a la vivienda social que adquiere rango constitucional. En ese sentido Camila Buzinaro dos Santos reconoce que:

[...] a moradia, seu caráter jusnatural e as definições do termo propriamente dito; no segundo trata-se do Direito à moradia, Direito à moradia no âmbito internacional, Direito à moradia nas constituições anteriores a atual Carta Magna abarca a moradia como direito, seu tratamento e reconhecimento na visão internacional e sua gradativa importância ao longo das Constituições; o terceiro tópico traz o direito à moradia e a Constituição Federal de 1988, o tão almejado

³⁸⁵ “Marx não se limitou a condenar em nome de princípios éticos, as desigualdades gritantes produzidas pelo capitalismo. A seu juízo, o sistema capitalista impedia os homens de desenvolverem suas potencialidades, de se tornarem seres plenamente realizados do ponto de vista emocional e intelectual.” Disponible en: <<http://cienciaseconomicasuni9.blogspot.com.br/2011/11/critica-moral-de-marx-ao-capitalismo.html>>. Acceso el: 6 ene. 2017.

*reconhecimento expresse desse direito através da emenda n. 26 de 2000 que modificou o art. 6º da CF/88; e, já, no quarto tópico destaca-se a Moradia como Direito Humano Fundamental com o intuito de demonstrar que esse direito tem caráter imediato e faz parte do rol dos direitos fundamentais.*³⁸⁶

Uno de los mayores desafíos de ese modelo de Estado Constitucional, que esta investigación asume como fundamental, es el defendido por Magalhães que es evitar el riesgo de un cambio en el modelo económico social que pueda perjudicar y comprometer los intereses privados, puesto que el estado constitucional ahora tiene dos núcleos de derechos fundamentales, los individuales y políticos que se aplican inmediatamente e se instituyen en derechos contra el estado. El segundo núcleo, a nuestro juicio más radical, que interfiere directamente en el modelo económico social, son los derechos sociales que, incluso, la Constitución de 1988 los consagra como fundamentales dirigidos a un segmento de la población que convive históricamente con la exclusión social.

El marco teórico jurídico que orienta ese núcleo de derechos es el pensamiento socialista del siglo XIX que incorpora en la legislación de los estados liberales elevados al nivel de Estado Constitucional el paradigma económico social que contiene una clientela, hasta el momento, excluida totalmente del modelo económico vigente. Nos sumamos a esa interpretación de la idea de que el Estado Democrático de Derecho, basado en la democracia económica social y política, que hace Magalhães, gana fuerza y propone la ruptura democrática de las estructuras sociales y económicas a través de nuevas interpretaciones del texto constitucional centradas en la idea de reconstrucción del concepto de democracia.

Para Magalhães, la democracia se centra en la comprensión, a la que también nos sumamos, de que el paradigma de participación de la sociedad requiere la democratización de los procesos de participación, construcción de derechos y políticas. Esa propuesta requiere un concepto de democracia que pueda superar los canales formales de participación de representación del estado, para un concepto que tenga como camino, a ser seguido, nuevos canales de dialogo constantes entre la sociedad, el estado y las instituciones privadas. Ejemplo de esa propuesta es la larga experiencia del movimiento nacional de reforma urbana de la que

³⁸⁶ C. Buzinaro dos Santos, “A moradia como direito fundamental”, disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13677>, acceso el: 5 ene. 2017.

hablamos en el capítulo anterior, en la intervención directa de una nueva construcción urbanística nacional.

Esta experiencia propone un proceso de diálogo muchas veces difícil, pero que no pierde el significado de la meta, una reforma urbana participativa cuyo horizonte siempre es la construcción de una ciudad inclusiva que reconoce su propio derecho de ser ciudad, que en el espacio urbano pueda penetrar, en permanente dialogo, el físico y los valores universales primordiales a la realización de la dignidad humana.

Según Magalhães, ahora la democracia se reconoce como un proceso. Esto requiere una constitución cuyo principal objetivo es estructurar los canales de participación de la sociedad en las diversas formas de organizaciones públicas y privadas. En este contexto, el mismo autor, nos llama la atención para la idea de lo que llama de ideología constitucional propia, independiente de un sistema económico específico, basado en principios universales sólidos, como es el principio de la dignidad del ser humano.

El texto constitucional toma impulso y dinámica propia, que lo distancia, en cierto modo, de dogmas económicos y sociales. Trata de adaptarse a la realidad histórica en un proceso de construcción de la propia sociedad, en un proceso permanente de dialogo entre varios canales de participación de la sociedad, de los ambientes público y privado que dirigen los destinos del Estado Constitucional en un proceso permanente de evolución de la sociedad.

Sin embargo, el texto constitucional de 1988, y hacemos hincapié una vez más, no es diferente de los diversos modelos de estados constitucionales en el establecimiento de normas de organización, de funcionamiento y representación del estado, de normas que regulan el ámbito público y privado en la formulación y garantía de los derechos individuales, sociales y económicos. Brasil opta por un tipo de modelo económico y social que excede la línea del equilibrio entre el crecimiento económico y el crecimiento social, siempre la balanza se inclina más para el crecimiento económico y, más que eso, elige siempre el crecimiento económico en primer lugar.

En este contexto, el modelo nacional, en el fondo no escapa a la regla de otros modelos y, acaba creando una forma que podemos decir que es más tolerante, pero que no asume una nueva fórmula dominante de supremacía económica, Eros Grau afirma que:

*O modo de produção social capitalista, que elege como ratio fundamentais do ordenamento político o lucro, coloca o direito positivo a seu serviço; é isso que explica a estruturação do direito posto pelo estado moderno. Ele existe fundamentalmente [...] para permitir a fluência da circulação mercantil, para tentar 'domesticar' os determinismos econômicos. Porta em si a pretensão de dominar a realidade e expõe marcante contradição, que pode ser anunciada nos seguintes termos: o capitalismo necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la [...] o mercado exige, para satisfação de seu interesse, o afastamento ou a redução de qualquer entrave social, político ou moral ao processo de acumulação do capital.*³⁸⁷

El nuevo orden urbanístico surge, por un lado, debido al agravamiento de la degradación de la ciudad, una masa asustadora de personas que viven por debajo del umbral de la pobreza, sin condiciones mínimas; sin saneamiento básico; vivienda digna; entre otros. Por otro lado, el fortalecimiento de la participación de los diversos estratos de la sociedad que claman un orden urbanístico que transforme la exclusión sin precedentes (*favelas* y barrios pobres) en una ciudad inclusiva, en un espacio urbano en el que dialoguen la parte física de la ciudad y los valores universales de la solidaridad, del reconocimiento de derechos y de políticas propias dirigidas a una ciudad en la que sea agradable vivir. Esto es lo que llamamos nuevo orden urbanístico.

La aparición de un concepto de democracia participativa como proceso sigue, de esta manera, con una fuerte y permanente participación intervencionista de la sociedad en los procesos de democratización de los espacios públicos y privados, en las decisiones administrativas relativas a la construcción e implementación de las políticas públicas y, por lo tanto, podemos decir que el paradigma del estado constitucional brasileño está en constante mutación, no obstante, se muestra en la práctica que es posible una ciudad más inclusiva que participa y respeta la dignidad del ser humano. Es aquí donde surge nuestra clave de lectura interpretativa del estado constitucional democrático que tiene como núcleo de su existencia la conquista de la dignidad humana como valor que impregna la concretización constitucional.

³⁸⁷ E. Roberto Grau, “A ordem econômica na constituição de 1988”, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010. p. 34/35.

En este sentido, ocupa el lugar de vector constitucional que se equilibra entre la disminución económica del capital y la realidad social.

El modelo económico social, sea cual sea, debe estar subordinado al principio universal de la dignidad humana y al principio de la interdependencia de los derechos humanos fundamentales. Es decir, la concretización de los derechos individuales depende del reconocimiento y efectividad/eficacia de los derechos sociales.

Varios autores sostienen este debate, en nuestro estudio elegimos la construcción teórica de Bonavides,³⁸⁸ Duverger,³⁸⁹ Bobbio³⁹⁰ y Magalhães³⁹¹. El problema de la crisis de legitimidad de la participación política en el proceso de efectividad/eficacia de la democracia está tratado, entre otros autores, por Diogo de Figueiredo. Este autor hace una reflexión significativa, en primer lugar, reconstruye los conceptos de comunidad y sociedad que los considera importantes para el estado constitucional democrático. Para el autor, comunidad es una:

*[...] agregação predominantemente instintiva, que se desenvolve em torno de interesses vitais compartilhados em razão da consanguinidade ou da convivência no mesmo local [...] quanto a sociedade, aceita-se como elemento caracterizador a consciência, no grupo, da existência de interesses derivados comuns que não poderiam ser satisfeitos individualmente.*³⁹²

Sobre el derecho de la participación política, el autor reafirma la idea de que la participación política en una sociedad presupone la existencia de instituciones fuertes, activas, asimismo, la existencia de “*um sistema de instituições políticas regendo as manifestações de poder, de direção de uma sociedade*”³⁹³. Esta idea de las instituciones es la que hace de una sociedad una sociedad política. Se tiene aquí el paso del poder personalizado al poder colectivo, de la sociedad que se construye por el ejercicio de la participación. El ejercicio de

³⁸⁸ P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1980.

³⁸⁹ M. Duverger, “Instituciones políticas y derecho constitucional”, 5ª ed., Barcelona, Ariel, 1970.

³⁹⁰ N. Bobbio, “A era dos direitos”, Rio de Janeiro, Campus Elsevier, 1992.

³⁹¹ J. Luiz Quadros de Magalhaes, “Direitos humanos na ordem jurídica interna”, Belo Horizonte, Interlivros, 1992.

³⁹² D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. p. 03.

³⁹³ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1991. p. 03.

la participación de la sociedad es lo que va a dar concreción/precisión a la democracia que, como ya hemos dicho más arriba, sólo es un proceso.

Rios afirma que el principio de la participación social se constituye en un verdadero derecho a la participación social de todos los ciudadanos brasileños. La autora reconoce que “[...] *direito de participação social como princípio possibilitador de identificação, promoção e fiscalização*”³⁹⁴, promoción y recuperación de la identidad de la ciudad.

Sobre el derecho a la vivienda digna Giménez se ocupa del significado de la palabra dignidad y afirma que “[...] la dignidad no es un derecho más que se tenga –y del que quepa ser privado–, sino una excelencia que se es: el origen inexorable de todo derecho [...]. La dignidad es fenómeno originario, no está sujeto a los dictados del interés desgajado de la razón ni reducido funcionamiento a la condición de instrumento a su servicio”³⁹⁵.

La Declaración Universal de 1948 entiende que el hombre es, como tal, independientemente de cualquier circunstancia “[...] *es sujeito de direitos subjetivos básicos, igual e inalienável, que lhe competem em virtude de sua dignidade intrínseca e de seu valor como pessoa*” el entendimiento de la dignidad desde el punto de vista iusnaturalista sostiene que la dignidad es una cualidad intrínseca a todo ser humano cuya existencia no depende de valores externos.

Desde el punto de vista histórico, los conceptos más citados son, en primer lugar, la idea de que Dios al crear al hombre lo hace a su imagen y semejanza y, por lo tanto, otorga al hombre cualidades que lo hacen especial y superior a los otros seres vivos. En segundo lugar, un concepto más moderno, dice que la dignidad tiene su fundamento en las cualidades naturales del hombre y no está vinculada al origen divino. Es decir, la dignidad es algo dentro del hombre y no depende de ningún factor externo para que exista. En el siglo XVIII, la dignidad va a requerir un gran esfuerzo político normativo para su defensa y protección.

³⁹⁴ M. Rios; B. Souza Costa, “A Cidade, o Contexto Urbano e os Impactos Ambientais”, in: M. Rios; Newton Teixeira Carvalho (Coords.), *A Cidade Real e a Cidade Ideal em uma reflexão interdisciplinar*, Belo Horizonte, Del Rey, 2014. p. 39-68.

³⁹⁵ T. Vicente Giménez, “La exhibilidad de los derechos sociales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. p. 28.

El sistema de protección de esta cualidad inherente al hombre que es la dignidad se constituye en el último fundamento de los derechos reconocidos al ser humano en los tratados y Constituciones modernas. En estos documentos aparece como una cualidad del ser humano que debe ser protegida. En el campo internacional, los documentos más destacados son la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, en su preámbulo, establece que “[...] *considerando que a liberdade, a justiça e a paz no mundo possui como base fundamental o reconhecimento da dignidade e dos direitos iguais e inalienável de todos os membros da família humana*”.

En la misma línea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su preámbulo, reproduce el texto de la Declaración Universal, citada más arriba, y reconoce que los derechos de libertad, justicia y paz “[...] *se derivam da dignidade humana inerente a pessoa*”. A continuación, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluso en su preámbulo, reconoce que es “*a dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis*”. Además, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, en su observación general número 4, establece una relación entre la dignidad humana y el derecho a la vivienda social digna cuando afirma en su apartado número 7 que “*o direito à moradia está vinculado por outros direitos humanos e aos princípios fundamentais que servem de premissas ao Pacto*”.

La dignidad otorga al Estado Constitucional el deber de promover, proteger y preservar la dignidad humana de cada ciudadano y, así, la Constitución reconoce y promueve los derechos derivados de la dignidad humana. En ese contexto, el derecho a la vivienda social constitucional reconocido en el artículo 6° de la Constitución que forma parte del capítulo II —de los derechos Sociales— define que “*São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta constituição*”.

Sin embargo, después de todo lo que hemos dicho hasta ahora acerca de la dignidad humana principio protector de los derechos humanos fundamentales, individuales y sociales, parece pertinente la comprensión de que la vida digna depende de protección como elemento esencial a la existencia de la propia dignidad. En ese sentido, Vicente entiende que “*garantir*

como direitos aqueles bens básicos para a autonomia e o bem-estar básico de todas as pessoas como exigência de sua própria dignidade”³⁹⁶ tiene como condición importante el reconocimiento efectivo de los derechos sociales y dentro de estos la vivienda social digna.

El artículo 6º, citado más arriba, establece que la vivienda es un derecho de todos y, por lo tanto, que se garantice esta vivienda atañe/incumbe a todos los poderes del Estado, incluso la administración pública local, el municipio. Esta vivienda tiene que ser adecuada a las necesidades de todos los ciudadanos y, para que sea efectiva, se tiene que tener en cuenta las circunstancias históricas y culturales. Sin embargo, esta idea de vivienda adecuada no está incluida en la mayoría de los textos constitucionales, a pesar de que la reconocen en la gran mayoría de las interpretaciones de los textos constitucionales.

El Diccionario de la Real Academia Española define las acepciones de la palabra “digno, a”: [...] merecedor de algo, Correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo; [...] Que tiene dignidad o se comporta con ella [...] Vivienda digna [...] calidad aceptable”. En cuanto a la palabra “adecuado”, a la Real Academia Española define: Apropiado a las condiciones, circunstancias [...] objeto de algo. O sea, algo digno y algo que puede usarse o aceptarse, que produce fama o prestigio.

La observación general número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales afirma que: “*o direito a uma moradia digna não deve ser interpretado em sentido estrito ou restritivo que [...] considere exclusivamente como uma comodidade*”. En cuanto a las características que debe tener una vivienda, la propia observación general número 4 afirma que es necesario:

³⁹⁶ T. Vicente Giménez, “La exhibición de los derechos sociales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006. p. 33.

[...] uma série de fatores que deverá ter em conta ao determinar formas de moradia adequada, observando as circunstâncias sociais, econômicas e culturais referidas pelo Comitê citado. Dentre as mais inoperantes estão: a segurança jurídica que 'os Estados partes devem adotar imediatamente medidas destinadas a conferir segurança jurídica legal [...]'; disponibilidade d serviços afirma o Pacto que as famílias deverão ter 'acesso permanente a recurso naturais e comuns, a água potável, a energia para cozinhar, [...] a instalações sanitárias, [...] serviços de emergências', gastos que o Estado consegue suportar e que devem criar subsídios de moradia para os que não podem custear uma moradia, assim como formas e níveis de financiamento que corresponda adequadamente as necessidades da moradia, dentre outras, que também estão garantidas no Pacto como habitabilidade, lugar e adequação cultural.

Históricamente, convivimos con la crisis de legitimidad de la convivencia entre la sociedad y el estado. Entendemos que la participación de la sociedad da legitimidad a la democracia y, en ese contexto, la consolidación de actitudes participativas y eficientes de la acción del estado refuerza la convicción de que la participación lleva a la consolidación de la voluntad nacional. Llegamos a la conclusión, basados en el estudio realizado por Jean Rivero en 1965, que la calidad de la participación política condiciona a lo que llama de democratización de la propia administración pública.

En síntesis, el derecho social a la vivienda es diferente al derecho de la propiedad, en este derecho el propietario tiene la libertad de usar, gozar y disponer de una determinada cosa, de modo absoluto y exclusivo, aunque tiene el límite de la función social. El derecho a la vivienda social tiene el sentido del disfrute, la habitación, del lugar para vivir. Este es un derecho en el que el paradigma de la participación de la sociedad ofrece su significado y la posibilidad de efectividad. En el próximo capítulo nos ocuparemos del contenido del “*Estatuto da Cidade*” y destacaremos las directrices y los instrumentos disponibles para la regularización de los asentamientos irregulares.

4 EL ESTATUTO DE LA CIUDAD Y LOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRATIZACIÓN DE LA POLÍTICA URBANA

4.1 Estatuto de la ciudad

Brasil en menos de 50 años pasa de ser un país rural a un país en el que el 82% de la población vive en la ciudad. Aunque este proceso de transformación brasileño, de hábitat y de sociedad, fue marcado por una urbanización predatoria y desigual, el “*Estatuto da Cidade*”, Ley 10.257/2001, presenta el encuentro de esta urbanización precaria con la posibilidad de transformar la herencia del pasado en una sociedad más inclusiva y respetuosa de la dignidad humana.

El estatuto de la ciudad es una ley construida a través del esfuerzo colectivo y con una legitimidad social de manera expresiva y de una gran importancia histórica. Lo que requiere, por un lado, una presencia efectiva y permanente de los ciudadanos y, por otro lado, del estado administrativo para que esta conquista democrática sea transformada en realidad.

En este sentido, es importante decir que la ciudad, desde un punto de vista jurídico, debe ser observada como una necesidad humana y no sólo como un espacio territorial, sino también como una estructura económica. Es así porque está claro que todas las ciudades brasileñas tienen su existencia basada en dos razones: los servicios internos y su relación externa con el resto del país. Por esta razón debemos añadir al concepto jurídico constitucional de la ciudad el aspecto económico. Este aspecto económico está garantizado del artículo 170 al 192 de la Constitución (orden económico), y el aspecto de las relaciones sociales está previsto en el artículo 6º de la Constitución (derechos sociales), foco constitucional de nuestra tesis. Por esto, es importante reconocer los conceptos jurídicos de la ciudad y del orden urbanístico asociado al orden social.

En este punto de nuestra tesis, tratamos de recuperar una lectura del contexto normativo constitucional, artículos 182 y 183 de la Constitución, “*Estatuto da Cidade*”, con la intención de comprender, en este contexto, los problemas de la efectividad de la vivienda y las posibles soluciones para mejorar la regularización territorial de los asentamientos

irregulares. En este sentido es importante recordar, en primer lugar, el concepto de la ciudad como espacio y como conjunto de valores, como relaciones sociales imprescindibles a la comprensión de nuestro ordenamiento jurídico; en segundo lugar, en el contexto de la formación de las ciudades brasileñas, la lectura del orden económico social constitucional como elemento muy importante en la comprensión de la efectividad del derecho a la vivienda.

En el contexto del surgimiento de las ciudades brasileñas, ya citado en el capítulo anterior, y sólo para sintetizarlo, podemos decir que: los primeros núcleos urbanos se construyen a partir del siglo XVI en el litoral por causa de la enorme extensión de la costa y de la necesidad de su defensa. Lo que para Fiorillo³⁹⁷ y Maria Lucia Azevedo Leonardi³⁹⁸ esto es debido a que Portugal tiene por objetivo, en primer lugar, explotar la riqueza mineral y sólo más tarde se piensa en la población que llega al territorio colonizado. En este sentido, según los mismos autores, había sido impuesto a los conquistadores de la tierra la creación de Vilas y colonias en el litoral como abrigos a las carabelas.

Es así que surgen las primeras ciudades brasileñas que albergaban las funciones militares y económicas, esta última caracterizada por productos y servicios. Es decir, la ciudad, según Benévolo³⁹⁹ se caracteriza, para la industria como espacio de servicio no ejecutado por las personas que trabajan la tierra y que son mantenidas por el excedente del producto total. Aunque la ciudad desde la antigüedad tiene su fundamento en los productos y los servicios que son ofrecidos en determinado territorio a través del trabajo de las personas.

A mediados del siglo XVIII, la revolución industrial cambia el curso de la historia, no sólo en Inglaterra, sino que, un poco más tarde, también cambia en el resto del mundo. El factor predominante de este cambio, por un lado, es el orden de las ciudades y el territorio con el aumento de la población, de los bienes de servicios, del desarrollo tecnológico y, por otro lado, la falta de valoración de las formas tradicionales de control público del ambiente construido con la limitación de la intervención pública sobre la vida social y urbanística,

³⁹⁷ C. Antônio Pacheco Fiorillo, “Introdução ao Estatuto da Cidade”, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

³⁹⁸ M. Lúcia Azevedo Leonardi, “A Educação Ambiental como um dos instrumentos de superação da insustentabilidade da sociedade atual”, in: C. Cavalcanti (Org.), *Meio ambiente desenvolvimento sustentável e políticas públicas*, São Paulo, Cortez, 2002.

³⁹⁹ L. Benévolo, “História da Cidade”, Tradução: Silvia Mazza, São Paulo, Perspectiva, 2011.

libertad de la iniciativa privada y, por consiguiente, un cierto desorden urbano. Es así como las ciudades crecen rápidamente y surge un nuevo espacio en la ciudad: la periferia. Es en este espacio que nuestra investigación profundiza sobre la política de regularización territorial dentro del derecho a la vivienda social.

Según Benévolo (2011)⁴⁰⁰, la ciudad se forma cuando la industria y los servicios ya no son ejecutados por las personas que viven de la tierra, sino por otras que no tienen la obligación de la producción rural y son mantenidas por las que están en el campo. Para este autor, la ciudad se transforma en centro motor de la evolución y a una velocidad mayor que la del campo. Para nosotros es, exactamente, en este contexto de evolución, de transformación, de crecimiento industrial que las favelas crecen de forma desordenada lo que provoca mucho más tarde un conjunto legislativo que tiene como objetivo el ordenamiento de la ciudad.

La “*favelização*” es un proceso común que ocurre debido al acelerado y desordenado crecimiento de la ciudad asociado a la falta de planeamiento urbanístico que tiene como resultado la segregación urbana, la exclusión social. La exclusión social está reflejada en la marginalización, la violencia, el analfabetismo, la falta de vivienda para todos, la degradación ambiental y la insalubridad, en otras palabras, la negación de las políticas públicas que garantizan la efectividad de la constitución. Así pues, se justifica el surgimiento del conjunto legislativo que va a regularizar, urbanizar la ciudad.

Las primeras “favelas” brasileñas surgen en el siglo XIX, en el periodo pos abolición de la esclavitud en el que los esclavos fueron segregados de la población blanca y apartados en zonas de riesgo, o sea, lugares cercanos a ríos y barrancos. La palabra favela surge durante la Guerra de Canudos (1896 a 1897), la guerra ocurrió en un lugar llamado Arraial de Belo Monte, en este lugar existía un monte que se llamaba “Morro da Favela”.⁴⁰¹

⁴⁰⁰ L. Benévolo, “História da Cidade”, Tradução: Silvia Mazza, São Paulo, Perspectiva, 2011.

⁴⁰¹ “Segundo os estudiosos a palavra ‘favela’ foi extraída do nome de um morro em Canudos (local do sertão da Bahia onde foi travada, no século XIX, sangrenta guerra envolvendo, de um lado, sertanejos e, de outro, tropas do Exército brasileiro), que os soldados republicanos tomaram como base. Quando encerrada a guerra, chegaram em 1897 ao Morro da Providência, localizado no centro do Rio de Janeiro, os ex-combatentes lhe deram o nome: Morro da favela. O termo acabou sendo usado no País todo para denominar comunidades pobres. [...] O Brasil chegou ao século XXI tendo 2,3 milhões de domicílios em mais de 16 mil favelas (70% desses domicílios estão localizados nos 32 maiores municípios do País – aqueles com mais de

La gran mayoría de las favelas brasileñas es el fruto del proceso de industrialización del siglo XX, además del proceso de industrialización hubo, también, un proceso de modernización del campo. Hubo un éxodo rural, la salida del campo para las ciudades como alternativa encontrada por los trabajadores del campo que fueron expulsados por el proceso de modernización. Fue este fenómeno que originó el crecimiento desordenado de las chabolas. A lo largo del tiempo este proceso se arraigó de una tal manera que la existencia de las chabolas era una normalidad. Esta normalidad se agrava y profundiza grandes contrastes sociales.

La investigación del IBGE (*Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística*), señala que Brasil tiene 6.329 favelas en todo el país, el 60% de la población que vive en estas favelas lo hace en una vivienda irregular. Esto se transformó en un proceso común en todas las grandes ciudades brasileñas como, por ejemplo, São Paulo, Rio de Janeiro, Belém, Salvador, Recife, Belo Horizonte y São Luís. En esta misma investigación también se señala que la favela de la *Rocinha* en Rio de Janeiro tenía, aproximadamente, en 2010, 70 mil habitantes.⁴⁰²

Al contrario de lo que se pueda pensar, la “*favelização*” no es una consecuencia del aumento de la población, sino del crecimiento desordenado de las ciudades. Estas ciudades absorben a la población, pero no ofrecen condiciones mínimas de sobrevivencia.

Así pues, cuando las personas emigran para una determinada región en busca de una mejor calidad de vida no encuentran medios de sobrevivencia ni espacio urbano y acaban en terrenos de periferia totalmente irregulares. Todo esto ocurre porque en estas zonas de la periferia el coste de vida es más barato ya que no hay una inversión pública ni siquiera un interés por parte de la administración municipal. Por lo tanto, la “*favelização*” está directamente conectada a los aspectos de la urbanización y de la industrialización.

500 mil habitantes), conforme dados do Perfil dos Municípios Brasileiros indicados pelo IBGE em 2003” (C. Antônio Pacheco Fiorillo, “Introdução ao Estatuto da Cidade”, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26).

⁴⁰² Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE: “Aglomerados subnormais: Informações Territoriais”, disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais_informacoes_territoriais/default_informacoes_territoriais.shtm>. Acceso el: 6 dic. 2016.

Desde un punto de vista normativo el estado brasileño posee un conjunto legislativo que, históricamente, se construye de forma colectiva y con pensamiento común de una ciudad inclusiva, una ciudad cuya esencia está definida sobre los aspectos ya descritos en este capítulo: el espacio y el conjunto de valores en el que uno está directamente enlazado con el otro. O sea, las personas que viven en la ciudad tienen valores comunes que necesitan ser pensados como parte del espacio para que el modelo de orden urbano reglamentado en el ordenamiento jurídico brasileño sea eficiente.

No es nuestra intención profundizar el Derecho Urbanístico, sin embargo, la construcción del “*Estatuto da Cidade*” y del Plan Director se confunde con la construcción y la afirmación del Derecho Urbanístico. En este sentido, el derecho urbanístico tiene la ciudad y el urbanismo como núcleo de su contenido. Según Silva:

*O conceito de urbanismo é, portanto, estreitamente ligado à cidade. Por isso, o urbanismo evolui com a cidade [...] urbanismo é uma ciência, uma técnica e uma arte ao mesmo tempo, cujo objetivo é organização do espaço urbano visando ao bem-estar coletivo – através de uma legislação, de um planejamento e da execução de obras públicas que permitam o desempenho harmônico e progressivo das funções urbanas elementares: habitação, trabalho, recreação do corpo e do espírito e circulação do espaço urbano.*⁴⁰³

El Derecho Urbanístico es el producto de las transformaciones sociales y, es posible decir que es el fruto de la lucha social por una ciudad inclusiva que da una nueva función al derecho. El Derecho Urbanístico está caracterizado por ofrecer al poder público instrumentos normativos que sirven de soporte a la actuación del estado en el dominio privado con el objetivo de ordenar la realidad bajo la mirada del interés colectivo.

Y, en ese sentido, es una disciplina que se debe tener en cuenta varios aspectos, por ejemplo, el aspecto especulativo que, según Rubens Gomes de Souza *apud* Silva “*procura com base em princípios gerais, as soluções possíveis para os diversos problemas que se apresentam; e o positivo, que examina a solução efetivamente adotada em lei para cada*

⁴⁰³ J. Afonso da Silva, “Direito urbanístico brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008. p. 30.

problema social”⁴⁰⁴. En el caso de nuestra tesis tendremos en cuenta el aspecto de la política urbana y de regularización de la ciudad.

En este contexto surge el “*Estatuto da Cidade*” fruto de un proceso de consolidación de la Constitución de 1988, cuyo origen está marcado por un movimiento multisectorial de ámbito nacional que tiene como objetivo incluir, en el texto constitucional, instrumentos regulativos que garantizan el ordenamiento urbano y la restauración de la función social de la propiedad en el proceso de reordenamiento y construcción de las ciudades. El movimiento multisectorial, mencionado más arriba, fue reconocido por la Cámara de los Diputados como el “*Movimento Nacional de Reforma Urbana*”.⁴⁰⁵

Este movimiento multisectorial estaba compuesto de otros movimientos sociales, sindicales, organizaciones académicas, empresas, entre otros, dentro del proceso de redemocratización del país. El objetivo principal de este movimiento multisectorial era la promoción de reformas políticas y jurídicas dentro del proceso constituyente. Este movimiento tuvo una actuación tan fuerte que en 2001 con la realización del “*Estatuto da Cidade*” se consagró como pieza fundamental en la construcción de todo el ordenamiento jurídico urbano.

Los artículos 182 y 183 enunciados en la constitución necesitaban una legislación específica infra constitucional para que tuvieran efectividad. Es por eso que surgen dos instituciones jurídicas muy importantes: el “*Estatuto da Cidade*” y el “*Plano Diretor*”. Estas instituciones son obligatorias para las ciudades que tienen más de 20.000 habitantes, su función es la de regular la política urbana, el derecho y la defensa de la función social de la ciudad y de la propiedad urbana que garantiza la democratización de la gestión urbana.

El proceso de urbanización tiene su origen en la década de 1930, su apogeo fue en la década de 1970. En este periodo pasamos por diversos textos constitucionales: 1934, 1937,

⁴⁰⁴ J. Afonso da Silva, “Direito urbanístico brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008. p. 37.

⁴⁰⁵ Câmara dos Deputados, “Estatuto da cidade – guia para implementação para os municípios e cidadãos”, 2ª ed., Brasília, 2002.

1946, 1967 y 1969 que no mencionaban nada a este respecto. Los dispositivos constitucionales específicos que tratan del proceso de desarrollo territorial y gestión urbana fueron garantizados en la constitución de 1988, en un capítulo dedicado a la política urbana que establece las bases jurídicas y políticas para la promoción de la reforma urbana. La Constitución garantiza la política urbana (artículo 182 y 183), sin embargo, para garantizar el cumplimiento de estos artículos se necesita una ley que reglamente estos dos artículos, el “*Estatuto da Cidade*”.⁴⁰⁶

En este contexto constitucional surge el derecho a la regularización de los asentamientos irregulares consolidados. Los instrumentos jurídicos necesarios para dar efectividad a estos derechos fueron normados por el “*Estatuto da Cidade*” cuyo objetivo es, justamente, dar forma a los programas territoriales urbanos sean estos particulares o públicos. Para los terrenos particulares, el remedio jurídico es el “*usucapião especial urbano*”; para los asentamientos localizados en las tierras públicas, el remedio jurídico es la “*concessão de direito real de uso*”.

El estatuto de la ciudad abarca una gama de principios e instrumentos capaces de dar cuerpo a una ciudad en la que los valores de la convivencia se incorporan en los espacios de manera inclusiva y democrática. La interpretación de la Cámara de los diputados fue: “*o Estatuto da Cidade funciona como uma ‘caixa de ferramenta’ para uma política urbana local*”⁴⁰⁷. En otras palabras, para la Cámara de los diputados, el concepto del derecho de la ciudad dirige la creación de instrumentos que dan efectividad a la propia legislación.

No obstante, el problema de la exclusión social en la regularización de la ciudad, desde un punto de vista cuantitativo y de la premisa fundamental las ciudades tienen que ser más inclusivas. En ese sentido, François E. J. Breakey *apud* Câmara dos Deputados dice que:

⁴⁰⁶ Brasil, Câmara dos Deputados. “Estatuto da Cidade. Lei 10.257/01”, disponible en: <<http://www.geomatica.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2015/03/Estatuto-da-Cidade.pdf>>. Acceso el: 13 oct. 2016.

⁴⁰⁷ Câmara dos Deputados, “Estatuto da cidade – guia para implementação para os municípios e cidadãos”, 2ª ed., Brasília, 2002. p. 21.

[...] em 1960, a população urbana representava 44.7% da população total – contra 55,3 % de população rural – dez anos depois essa relação se inverte, com número quase idêntico: 55,9% da população urbana e 44,1% da população rural. No ano de 2000, 81% da população brasileira vivia em cidades [...] nos 36 anos entre 1960 e 1996, a população urbana aumenta de 31 milhões para 137 milhões, ou seja, a cidade recebe 106 milhões de novos moradores no período. [...] A urbanização vertiginosa, coincidindo com o fim de um período de acelerada expansão da economia brasileira, introduziu no território das cidades um novo e dramático significado: mas do que evocar progresso ou desenvolvimento, elas passam a retratar- e reproduzir – de forma paradigmática as injustiças e desigualdades da sociedade.⁴⁰⁸

Ante estos datos es evidente que encontramos un proceso de exclusión instalado. Hay una división entre las cuestas (*morro/favela*) y el asfalto (lo que entendemos por barrios urbanizados). En las cuestas es donde se encuentran la gran mayoría de favelas y donde también se encuentran la gran mayoría de irregularidades. Esta es la razón principal que lleva al legislador a dedicar buena parte del estatuto de la ciudad a la regularización de las favelas. Podemos decir que la gran mayoría de las ciudades brasileñas tiene una parte “legal” con oportunidades de desarrollo en la que vive la población más rica y otra parte sin infraestructura, sin oportunidades de desarrollo en la que vive la población más pobre.

Se instala en esta parte de la ciudad irregular un proceso de exclusión que muchas veces cuenta con la participación del poder público puesto que, en lugar de enfrentar un proceso de regularización real, el poder público escoge el camino más fácil y menos costoso con la implantación de algunos servicios públicos como agua, luz, escuela, etc., y así el poder público acaba participando y confirmando la construcción de la irregularidad.

De esa forma, por un lado, va configurándose una ciudad con una línea divisoria muy clara en la que las zonas más dotadas cuentan con una actuación eficiente por parte del poder público y, por otro lado, las irregularidades en las favelas crecen en número ya que el poder público sigue actuando de forma, repetidamente, equivocada y así se profundiza el proceso de exclusión y como resultado nos enfrentamos, evidentemente, a la ineficiencia pública.

⁴⁰⁸ Câmara dos Deputados, “Estatuto da cidade – guia para implementação para os municípios e cidadãos”, 2ª ed., Brasília, 2002. p. 23.

En ese sentido, el propio planeamiento urbano responsable de la definición de ocupación y de los modelos de ocupación del suelo dirige inversiones que priorizan los mercados de las clases media y alta. De esa manera la división en zonas pasa a definir una oferta potencial del espacio construido lo que provoca una escasez de localización dirigida a los mercados de baja renta porque la verdad es que la existencia de esos mercados es, en gran medida, ignorada por el poder público.

En Brasil, históricamente, hasta el surgimiento del “*Estatuto da Cidade*”, ley número 10.257 de 2001, hubo varios planes urbanísticos de origen estatal. En ese sentido es importante recordar lo que reconoce la *Câmara dos Deputados* :

[...] os modelos de políticas e de planejamento urbano adotados pelas cidades nos anos 70 em princípio dos anos 80 também foram marcados por uma visão bastante estadista da política urbana. Formuladas e implantadas durante o período do milagre brasileiro, estas práticas foram marcadas pelo autoritarismo do regime político em vigor uma forte crença na capacidade do Estado em financiar o desenvolvimento urbano então praticado. Essa visão foi tencionada não apenas pelo processo de democratização, mas também pela crise fiscal do Estado.⁴⁰⁹

Es en este contexto que el “*Estatuto da Cidade*” se propone responder el desafío de la construcción de un nuevo orden urbano, iluminado por nuevos principios, métodos, concepciones y nuevos instrumentos. La ley número 10.257 de 2001, es el resultado de un proceso de negociación que ocurre más allá del poder legislativo y por eso amplía el papel jurídico-político fundamental del municipio en la formulación de las directrices, del planteamiento urbano y de la gestión urbana y rompe, de esta manera, con la tradición civilista y establece un nuevo paradigma jurídico para el control del desarrollo urbano. Lo que requiere una acción combinada entre el poder público y la sociedad.

El “*Estatuto da Cidade*” da origen, de una manera nueva, a varios instrumentos urbanísticos y fiscales que deben ser utilizados por los ayuntamientos, específicamente en los planes directores, y tienen la función de regular el mercado de los terrenos y de las propiedades urbanas. Esta función está basada en el principio de la inclusión social. Lo que

⁴⁰⁹ Câmara dos Deputados, “*Estatuto da cidade – guia para implementação para os municípios e cidadãos*”, 2ª ed., Brasília, 2002. p. 26.

requiere de la administración pública una actuación construida y compartida con la sociedad y con el sector privado. Lo que da un poder mayor a los municipios para que tengan capacidad efectiva de intervención y no solamente de regularización del proceso de desarrollo del suelo urbano.

Es en este contexto de mayor poder de los ayuntamientos que Fernandes y Alfonsin afirman:

*[...] abriram uma nova série de possibilidades para a construção pelos municípios de uma nova ordem urbanística que seja economicamente mais eficiente, politicamente mais justa e também mais sensível face ao quadro das graves questões sociais e ambientais que tem afetado a população da cidade.*⁴¹⁰

Estos mismos autores reúnen una importante recopilación legislativa hasta 2010 que contribuye de manera activa con el tema de urbanismo y, de esta manera, sirve de complemento a la ley federal número 10.257 de 2001. Esta importante recopilación contribuye para la formación del nuevo orden urbanístico que, en un nivel federal, recuerda las leyes federales 11.079 de 2004 que reglamenta la asociación pública y privada; la ley 11.107 de 2005 que reglamenta los consorcios intermunicipales y, por último, la ley federal 11.4445 de 2007 que establece la política nacional de saneamiento básico.

Se añaden a este conjunto legislativo dos documentos jurídicos muy importantes a la política nacional de regularización territorial dirigidos a la regularización de los asentamientos irregulares consolidados de la población de baja renta. El primero, del punto de vista de la inversión pública, la ley nº 11.977, de 7 de julio de 2009,⁴¹¹ que dispone sobre el *Programa Minha Casa, Minha Vida* (PMCMV)⁴¹² y sobre la regularización territorial de los asentamientos consolidados localizados en áreas urbanas. Esta ley está dirigida a la

⁴¹⁰ E. Fernandes; B. Alfonsin, “Coletânea de legislação urbanística – normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária”, Belo Horizonte, Fórum, 2010. p. 19.

⁴¹¹ Brasil, Presidência da República, “Medida Provisória nº 459”, Brasília, 2009, disponible en: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acceso el: 10 nov. 2016.

⁴¹² “O Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) recebeu recursos transferidos do Orçamento Geral da União (OGU) para viabilizar a construção de unidades habitacionais. A medida foi tomada para atender ao déficit habitacional urbano para famílias com renda até R\$ 1.600,00, considerando a estimativa da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), de 2008. O seu estado ou município pode indicar famílias para serem beneficiadas com o recurso por meio do programa Minha Casa Minha Vida.”

regularización de los asentamientos precarios localizados en áreas urbanas. Sobre esto programa pcupemos más adelante.

El segundo documento jurídico, de igual importancia en el tema del Derecho a la Vivienda Social, en el ámbito federal, es la Medida Provisoria n° 759 de 22 de diciembre de 2016. Esta Medida Provisoria dispone sobre la regularización territorial rural y urbana y tiene como objetivo principal instituir normas de procedimientos en el ámbito federal para la regularización territorial urbana. Los artículos 8° y 9° determinan que:

Ficam instituídas normas gerais e procedimentos aplicáveis, no território nacional, à Regularização Fundiária Urbana - Reurb, a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de núcleos urbanos informais. Parágrafo único. Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de competitividade, sustentabilidade econômica, social e ambiental, ordenação territorial, eficiência energética e complexidade funcional, buscando que o solo se ocupe de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional. Art. 9º Para fins desta Medida Provisória, consideram-se: I – núcleos urbanos – os adensamentos com usos e características urbanas, ainda que situados: a) em áreas qualificadas como rurais; ou b) em imóveis destinados predominantemente à moradia de seus ocupantes, sejam eles privados, públicos ou em copropriedade ou comunhão com ente público ou privado; II – núcleos urbanos informais - os clandestinos, irregulares ou aqueles nos quais, atendendo à legislação vigente à época da implantação ou regularização, não foi possível realizar a titulação de seus ocupantes, sob a forma de parcelamentos do solo, de conjuntos habitacionais ou condomínios, horizontais, verticais ou mistos; e III – ocupantes – aqueles que detenham área pública ou que possuam área privada, a qualquer título, de unidades imobiliárias situadas em núcleos urbanos informais. § 1º Para fins de Reurb, os Municípios poderão dispensar as exigências relativas ao percentual e às dimensões de áreas destinadas ao uso público ou ao tamanho dos lotes regularizados, assim como a outros parâmetros urbanísticos e edílios. § 2º Os núcleos urbanos informais situados em áreas qualificadas como rurais poderão ser objeto da Reurb, desde que a unidade imobiliária tenha área inferior à fração mínima de parcelamento, prevista na Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972.

En relación con las condiciones presupuestarias, el principio básico es que se tendrán en cuenta los 27 estados de la federación y se observarán las metas de número de viviendas por estado. En este contexto, se contratan, en cada estado de la federación, proyectos que presentan, como mínimo, las siguientes características: mayor contrapartida local, menor valor de adquisición de cada vivienda, infraestructura previa con agua, alcantarillado y energía, así como, instalaciones y servicios sociales compatibles con la demanda. El municipio tiene que implantar instrumentos previstos en el *Estatuto da Cidade*, ley n° 10.257

de 10 de julio de 2001, para finalizar los proyectos y, además, controlar las áreas urbanas inactivas.

No obstante, según Edésio Fernandes y Betânia Alfonsin la mayor inversión sobre la cuestión de la regularización territorial tiene como objetivo:

[...] *garantir a efetivação e materialização dos direitos sociais reconhecidos, o que requer a superação dos obstáculos jurídicos ainda colocados pela legislação federal – urbanística, ambiental, cartorária e processual – em vigor. A Lei Federal nº 10.931 de 2004 estabeleceu a gratuidade do registro imobiliário; a Lei Federal nº 11.481 de 2007 foi aprovada no sentido de facilitar a regularização fundiária pelos municípios nos assentamentos informais consolidados em terras da União; a Lei Federal nº 11.888, de 2008, instituiu o direito das comunidades à assessoria técnica em programas de regularização [...] Lei Federal nº 11.977, de 2009 que foi aprovada para regulamentar o Programa Habitacional Minha Casa, Minha Vida, mas que incluiu um importante capítulo para regulamentar a regularização fundiária de interesse social, inovando imensamente os procedimentos e instrumentos disponíveis.*⁴¹³

La primera Conferencia Nacional de las Ciudades, en 2003, sintetiza lo que llamamos participación de la sociedad en la construcción de este nuevo orden urbanístico y para asegurar la efectividad de este nuevo orden jurídico urbanístico en esta conferencia fue creado el *Conselho Nacional das Cidades* formado por todos los sectores y actores sociales involucrados en el proceso de regularización de las ciudades. De esta manera el *Ministério da Cidade* tiene la obligación legal de cumplir las directrices de la política urbana nacional.⁴¹⁴

Desde el punto de vista de las competencias constitucionales y de los principios generales más importantes, como son el principio de la eficiencia pública y de la participación de la sociedad en la construcción y en la efectividad de la política pública de la regularización territorial urbana, el artículo 3º del “*Estatuto da Cidade*” define la competencia de la federación, del estado y del municipio. En este sentido la ley tiene como característica básica asegurar los derechos y garantías fundamentales de las personas a través de las políticas públicas que promueven la justicia social, la erradicación de la pobreza y, en consecuencia, la

⁴¹³ E. Fernandes; B. Alfonsin, “Coletânea de legislação urbanística – normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária”, Belo Horizonte, Fórum, 2010. p. 21.

⁴¹⁴ E. Fernandes; B. Alfonsin, “Coletânea de legislação urbanística – normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária”, Belo Horizonte, Fórum, 2010. p. 22.

reducción de las desigualdades sociales y así podemos llegar a la plenitud de la ciudadanía y la dignidad humana.

Para establecer las directrices generales de vivienda, saneamiento, transporte, entre otros, el artículo 21, inciso XX, de la Constitución, asegura la competencia de la federación en la construcción de los principios generales. En lo referente a las competencias estatales y municipales el artículo 24, inciso I, de la Constitución, establece las normas generales del derecho urbanístico. Su cumplimiento se hace a través de leyes federales que determinan las directrices de la política urbana nacional y, en este sentido, estas leyes reglamentan los artículos 182 y 183 de la Constitución que instituye el sistema de gestión de la política urbana.

Hely Lopes Meirelles reconoce que el “*Estatuto da Cidade*”:

[...] em seu artigo 1º, parágrafo único institucionalizou, como normas gerais de Direito Urbanístico, um conjunto de meios e instrumentos expressamente vocacionados para intervenção urbanística, possibilitando ao Poder Público, uma atuação vigorosa e eficaz nesse setor, viabilizando a concretização do princípio a função social da propriedade.⁴¹⁵

Para Meirelles, los instrumentos jurídicos previstos en el artículo 4 del *Estatuto da Cidade* tienen el sentido de organización de los espacios habitables y, al mismo tiempo, el cumplimiento de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad. Por esa razón, las directrices generales previstas en el “*Estatuto da Cidade*” constituyen un fundamento muy importante en la construcción y aplicación de la política pública de regularización territorial urbana.

4.2 Directrices e instrumentos

Las directrices generales presentes en el artículo 2º del “*Estatuto da Cidade*”, son muy importantes para nuestro trabajo porque son la garantía del derecho a la ciudad

⁴¹⁵ H. Lopes Meirelles, “Direito de construir”, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013. p. 159.

sustentable a la vivienda y a la regularización territorial de las áreas ocupadas por la población de baja renta. De esta manera el artículo 2º, inciso I, determina que:

*I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como direito a terra urbana, a moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; XIV- Regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais.*⁴¹⁶

Esta directriz, garantía del derecho a la ciudad sustentable, reconocida por el “*Estatuto da Cidade*” califica el derecho de la ciudad sustentable como un derecho fundamental y, en este sentido, la Constitución en el artículo 5º, parágrafo 2º, reconoce que los derechos y garantías establecidos en la Constitución no excluyen otros oriundos del régimen de principios constitucionales así como los oriundos de los tratados internacionales en los que la República Federativa del Brasil participa y, en consecuencia, incorpora en su ordenamiento jurídico.

La *Câmara dos Deputados* afirma que:

*O direito a cidade tem como fonte de origem os princípios constitucionais das funções sociais da cidade e da propriedade, norteadores da política urbana. Pertencentes à categoria dos direitos difusos, como o direito ao meio – ambiente, o direito a cidades sustentáveis preconiza a meta fundamental da República Brasileira para o desenvolvimento humano: tornar as cidades brasileiras mais justas, humanas, democráticas e sustentáveis. [...] Assegurar o pleno exercício do direito a cidade é a diretriz chave da política urbana que deve ser implantada nas cidades brasileiras, tendo as pessoas como a prioridade desta política.*⁴¹⁷

Esta primera directriz localiza la ciudad como espacio en el que la política pública garantiza que las personas deben ser reconocidas por su derecho a la dignidad humana y, por lo tanto, el propio espacio tiene su derecho fundamental de ser. O sea, la ciudad tiene el derecho de ser un espacio importante y fundamental en el que se garantizan los derechos

⁴¹⁶ Brasil, Estatuto da Cidade, “Lei 10.257/01”, disponible en: <<http://www.geomatica.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2015/03/Estatuto-da-Cidade.pdf>>. Acceso el: 13 oct. 2016.

⁴¹⁷ Câmara dos Deputados, “Estatuto da cidade – guia para implementação para os municípios e cidadãos”, 2ª ed., Brasília, 2002. p. 32.

fundamentales de las personas. Consecuentemente, requiere que sus habitantes tengan los mismos derechos fundamentales y, es en este contexto que los derechos sociales constituyen un conjunto de garantías que necesitan un espacio en el que sea bueno y agradable vivir.

La segunda directriz, la regularización territorial urbana de las áreas ocupadas por la población de baja renta, muestra la necesidad de que haya normas que garanticen la regularización urbana de estas áreas de interés social en las que la población de baja renta vive. Por eso la directriz tiene el objetivo de que el derecho a la vivienda social sea efectivo, o sea, es una directriz dirigida a las comunidades que viven en condiciones irregulares sin ninguna seguridad jurídica de protección y, además, se trata de asentamientos reconocidos por el propio estado como irregulares y, por eso, necesita una política pública que transforme esa irregularidad en regularidad, en un espacio en el que la vida sea respetada y las personas tengan dignidad humana.

Por eso la constitución protagonizó un marco jurídico específico, “*Estatuto da Cidade*”, con el fin de garantizar la regularización urbana de las ciudades de manera inclusiva y sustentable, universal para todos los ciudadanos. Esta garantía depende de que el Plan Director organice la política pública dirigida a la regularización de los asentamientos irregulares y, también a la ciudad y a sus ciudadanos.

El propio párrafo 4º del artículo 182 de la Constitución indica que es necesaria una ley federal para reglamentar el desarrollo urbano y, en consecuencia, crea instrumentos urbanísticos que deben ser aplicados por los municipios para garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad urbana reglamentada en el Plan Director. Por eso el “*Estatuto da Cidade*” es la ley federal que reglamenta los instrumentos de la política que deben ser ejecutados por la Federación, el Estado y el Municipio. El artículo 24, párrafo 4º de la Constitución, garantiza, además, que los estados de la federación puedan editar leyes estatales de política urbana que serán aplicadas de manera integrada con los municipios.

Meirelles organiza, didácticamente, la actuación urbanística en cuatro grupos: instrumentos de planeamiento; instrumentos tributarios; instrumentos jurídicos e instrumentos

ambientales. Dentro de los instrumentos de planeamiento municipal se encuentra el Plan Director que es el responsable de: la parcelación y uso de ocupación del suelo, la división en zonas ambientales, las directrices y gestión de presupuestos participativos y, finalmente, el plan de desarrollo económico y social. En este contexto que hemos mencionado más arriba que el “*Estatuto da Cidade*” tiene como función fundamental la reglamentación de los artículos 182 y 183 de la Constitución que tratan de la política urbana.

El artículo 4º del “*Estatuto da Cidade*” crea varios instrumentos jurídicos y políticos de actuación urbanística como: expropiación, unidad de conservación, creación de zonas especiales de interés social (ZEIS), concesión de derecho real de uso (CDRU) , concesión del uso especial para finalidad de vivienda (CUEFV). Vamos a profundizar estos temas, menos la unidad de conservación y expropiación, en el capítulo siguiente en el que vamos a tratar de la vivienda social y de la política pública de regularización territorial de los asentamientos irregulares consolidados.

Para Meirelles, las zonas especiales de interés social son aquellas en las que las circunstancias concretas autorizan y determinan un tratamiento especial de los índices urbanísticos, y así aseguran el derecho a la vivienda, previsto en el artículo 6º de la Constitución Federal, a las personas que viven en estos asentamientos irregulares consolidados. La concesión del derecho real de uso, instituido por el Decreto-Ley 271 de 1967 confirmado por el artículo 48 del “*Estatuto da Cidade*”, garantiza, según Meirelles:

[...] que nos casos de programas e projetos habitacionais de interesse social, desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública com atuação específica nessa área, os contratos de concessão de direito real de uso de imóveis públicos terão caráter de escritura pública e constituirão título de aceitação obrigatória em garantia de contratos de financiamentos habitacionais. Além disso, o parágrafo segundo do artigo 4º, para aqueles mesmos casos acima mencionados, estabeleceu a possibilidade de que a concessão de direito real de imóveis públicos seja contrata coletivamente.⁴¹⁸

Por último, el instrumento jurídico de concesión de uso especial cuya finalidad es la de vivienda tiene como objetivo ofrecer seguridad jurídica para las personas que ocupan durante mucho tiempo áreas públicas para vivir. Un ejemplo de esa realidad es el caso de los

⁴¹⁸ H. Lopes Meirelles, “Direito de construir”, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 167.

asentamientos irregulares consolidados, objeto de nuestra tesis, que ocupan parte de los terrenos públicos en los que se construyen chabolas y allí las personas viven durante mucho tiempo con su familia y, sobre todo, condición *sine qua non*, no poseen otra vivienda. Y, para este fin la Medida Provisoria 2.220 de 4 de septiembre de 2001 garantiza en su artículo 1º:

*Aquele que até 30 de junho de 2001, possui como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até 250 m² de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. § 1º A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. § 2º O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez. § 3º Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão.*⁴¹⁹

Uno de los mayores problemas que existen en la regularización de los asentamientos irregulares consolidados es que, normalmente, el área utilizada por una familia es superior a los 250m², sin embargo, el artículo 1º de la Medida Provisoria que define el proceso de regularización determina que el área sea hasta 250m². Este problema fue solucionado por la misma norma en el artículo 2º, en el que se determina que cuando se trata de un área ocupada por una población de baja renta se podrá utilizar el instrumento de concesión de uso especial para vivienda de forma colectiva. El artículo 2º determina que:

Nos imóveis de que trata o art. 1º, com mais de duzentos e cinquenta metros quadrados, que, até 30 de junho de 2001, estavam ocupados por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por possuidor, a concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma coletiva, desde que os possuidores não sejam proprietários ou concessionários, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. § 1º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas. § 2º Na concessão de uso especial de que trata este artigo, será atribuída igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os ocupantes, estabelecendo frações ideais diferenciadas. § 3º A fração ideal atribuída

⁴¹⁹ Brasil, Câmara dos Deputados, “Medida Provisória nº 2.220”, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §1º do art. 183 da Constituição, disponível em: <www2.camara.leg.br/.../2001/medidaprovisoria-2220-4-setembro-2001-396074>. Acesso el: 14 set. 2016.

*a cada possuidor não poderá ser superior a duzentos e cinquenta metros quadrados.*⁴²⁰

Dentro del conjunto de los principios orientativos, el artículo 21, inciso XIX de la Constitución, establece que es competencia propia de la federación instituir directrices dirigidas al desarrollo urbano de la vivienda, del saneamiento y del transporte. De esta manera la federación es la responsable de las directrices generales. Para Meirelles, significa decir que:

*[...] norma geral é a que estabelece princípios e diretrizes de ação e se aplica indiscriminadamente a todo território nacional. [...] legislar é editar regras gerais de conduta [...] o que se reconhece à União é possibilidade de estabelecer norma geral de Urbanismo [...] de aplicação indiscriminada em todo o território nacional. [...].*⁴²¹

En síntesis, el “*Estatuto da Cidade*”, crea directrices generales, metas que tienen que ser atendidas por el poder federal, estatal y municipal. De esta manera, la ley n° 10.257 de 10 de julio de 2001 reglamenta los artículos 182 y 183 de la Constitución que tratan de la política urbana. El artículo 182 establece que la política de desarrollo urbano debe ser ejecutado por el poder público municipal, teniendo en cuenta las directrices generales. Estas directrices tienen el objetivo de ordenar el pleno desarrollo de las funciones de la ciudad y garantizar el bienestar de la población.

El “*Estatuto da Cidade*” crea el Plan Director como instrumento básico para que la política urbana sea efectiva. Esta política está granizada en el texto Constitucional, artículos 182 y 183, reglamentados por el “*Estatuto da Cidade*”. El artículo 183 trata del tema de la propiedad en el que determina que todo aquel que posee área urbana hasta 250m², durante 5 años, sin interrupción y sin oposición, utilizados, específicamente, para vivienda adquirirá el dominio, siempre y cuando no sea dueño de otro inmueble urbano.

El artículo 183 de la Constitución deja claro que es posible legalizar los asentamientos irregulares y señala la importancia de una ciudad inclusiva. Las directrices

⁴²⁰ Brasil, Câmara dos Deputados, “Medida Provisória n° 2.220”, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §1º do art. 183 da Constituição, disponível em: <www2.camara.leg.br/.../2001/medidaprovisoria-2220-4-setembro-2001-396074>. Acesso em: 14 set. 2016.

⁴²¹ H. Lopes Meirelles, “Direito de construir”, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013, p. 107.

generales del “*Estatuto da Cidade*” reglamentan las exigencias relativas al poder público en relación con la tarea de transformar la ilegalidad en legalidad, o sea, la reglamentación territorial urbana en beneficio del interés público que garantiza el bienestar de toda la población.

Además, determina importantes principios básicos que van a orientar estas acciones. La tarea del Estado, en su esfera municipal, es la de indicar la función social de la propiedad y de la ciudad, y tratar de encontrar el necesario equilibrio entre el interés público y el interés privado en todo el territorio urbano. De esta manera, el “*Estatuto da Cidade*” establece la gestión democrática que garantiza la participación de la población urbana en todas las decisiones de interés público.

En este contexto, el municipio es el responsable de la formulación de la política urbana y por el cumplimiento, a través del Plan Director, de las funciones sociales de la ciudad que hacen posible el acceso y la garantía del derecho a la vivienda a todas las personas, así como también, garantizan el derecho a los servicios e instalaciones urbanas, al transporte público, al saneamiento básico, a la salud, a la educación, a la cultura y al ocio, todos estos derechos intrínsecos a las personas que viven en la ciudad.

Cuando hablamos del surgimiento del municipio, desde un punto de vista histórico, retomamos la idea del núcleo familiar y de la tribu y, de esta manera, la institución municipal no surge de la construcción legislativa, sino de la naturaleza humana. En este sentido, José Nilo de Castro afirma que la función del municipio es regir los negocios de la familia y de la comunidad. La construcción municipal se debe, originalmente, a la propia comunidad. El núcleo familiar surge antes del estado y de la ley. El estado no crea la aglomeración de personas unidas por lazos de solidaridad y pertenencia. Y es así que Castro afirma que: “*a questão do espaço urbano é de dimensão solidaria que empolga a coletividade e o corpo social numa inter-relação constante*”⁴²².

⁴²² J. Nilo de Castro, “A Emergência do tribalismo urbano”, disponible en: <<https://core.ac.uk/display/16025167>>. Acceso el: 6 jan. de 2017. p. 12.

El problema creciente de la profundización de las irregularidades del territorio urbano y, en consecuencia, el caos urbano son parte de la crisis de las ciudades que se hace cada vez más grave. El “*Estatuto da Cidade*”, conforme afirmamos más arriba, surge como una iniciativa que trata de excluir el caos urbano con instrumentos capaces de revertir la crisis de las ciudades y, en este contexto, el Plan Director cumple un papel fundamental puesto que organiza las decisiones y los instrumentos políticos capaces de responder a los problemas urbanos. La regularización territorial urbana constituye la pieza fundamental en el proceso de ordenación de la ciudad.

Dos elementos primordiales que integran el contenido del principio de la eficiencia en la ordenación de la ciudad son la movilización de la sociedad que se realiza en el principio constitucional de la participación social y la solidaridad social en la búsqueda de una vida digna para todos. Lo que requiere un proceso de capacitación para la información que en palabras de Castro es la importancia de los agentes públicos y de la sociedad, movilizados en la construcción del Plan Director, “*formar-se para informar*”, en un proceso de reelaboración de la sociedad que conduce a la superación de las crisis de las ciudades. Lo que requiere para el autor: “*refazer primeiramente nossas mentalidades e nossa razão, cunhando quadros de tolerância urbana, arredando o confronto entre o ter e o poder, isto é, a carteira de pobres esperançosos que somos e os vícios de ricos inconsistentes que temos*”⁴²³.

La eficiencia pública tiene los ingredientes de la movilización de la sociedad y de la solidaridad que dirigen la política municipal hacia el ejercicio democrático participativo que, a nuestro modo de ver, encarna la idea de que la ciudadanía local profundiza el ejercicio de la democracia directa, más allá de la votación, es un proceso añadido a la política local de ordenación territorial urbana. Se hace un análisis más detallado en el último capítulo de la tesis que tiene como objetivo profundizar y proponer alternativas para mejorar la efectividad/eficacia de la vivienda social en el contexto urbano de los principios de la eficiencia pública y la dignidad humana que apuestan por la movilización de la sociedad y la solidaridad como ingredientes importantes en la recuperación de la ciudad para ser un lugar agradable para vivir.

⁴²³ J. Nilo de Castro, “A Emergência do tribalismo urbano”, disponible en: <<https://core.ac.uk/display/16025167>>. Acceso el: 6 jan. de 2017. p. 14.

En síntesis, en este capítulo trabajamos el concepto y el contenido de la ley más importante de la ciudad, el “*Estatuto da Cidade*”. Este documento legislativo establece directrices generales, trata de orientar las acciones de los agentes responsables por el desarrollo en el ámbito local lo que señala que la ciudad debe ser tratada como un todo, esto rompe la visión sectorial del planeamiento urbano practicado durante muchos años en Brasil. Además, evidencia que el planeamiento debe entenderse como un proceso construido con la participación permanente de los diferentes grupos sociales para sostener y adecuar las demandas locales y las acciones públicas correspondientes. A la luz de este ordenamiento jurídico tenemos el Plan Director que será objeto de estudio del capítulo siguiente.

5 PLAN DIRECTOR⁴²⁴

Impulsado por la de varios factores –desde una acción pública previa, volcada en el desarrollo de la política urbana y del incentivo a la adquisición de viviendas mediante préstamos públicos, hasta un intenso movimiento social en favor de repensar las bases de dicha política pública y las tendencias de las ciudades – el legislador constituyente originario ha tratado de disciplinar ampliamente la política urbana y todos los factores que se les son típicos⁴²⁵.

La Constitución Federal empieza innovando al reconocer en el art. 24 el Derecho urbanístico como una rama autónoma del Derecho⁴²⁶ y, a la vez, establece un sistema vertical de repartición de competencia legislativa, lo que implica que los diversos entes de la Federación (Estado Federal, Estados Miembros y Distrito Federal) legislan concurrentemente sobre normas urbanísticas⁴²⁷. Es importante aclarar sobre este tema que en Brasil la

⁴²⁴ CAPÍTULO II – DE LA POLÍTICA URBANÍSTICA

Art. 182. La política de desarrollo urbanístico, ejecutada por el Poder Público Municipal, de acuerdo con las directrices generales fijadas en la ley, tiene por objeto ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes.

1º El plan director, aprobado por la Cámara Municipal, obligatorio para ciudades con más de veinte mil habitantes, es el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana.

2º La propiedad urbana cumple su función social cuando atiende las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el plan director.

3º Las expropiaciones de inmuebles urbanos serán hechas con previa y justa indemnización en dinero.

4º Se permite al poder público municipal, mediante ley específica para el área incluida en el plan director, exigir, en los términos de la ley federal, del propietario de suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena de, sucesivamente:

parcelamiento o edificación obligatorias;

impuesto sobre la propiedad rural y territorial urbana progresivo en el tiempo;

expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en plazos anuales, iguales o sucesivos, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales.

Art. 183. Aquellos que posean como suya un área urbana de hasta doscientos cincuenta metros cuadrados, por cinco años, ininterrumpidos y sin oposición, usando la como su morada o la de su familia, adquieren el dominio, siempre que no sean propietarios de otro inmueble urbano o rural.

1o. El título de dominio y la concesión de uso serán conferidos al hombre o a la mujer, o a ambos, con independencia del estado civil.

2o. Ese derecho no serán reconocido al mismo poseedor más de una vez.

3o. Los inmuebles públicos no se adquirirán por usurpación.

⁴²⁵ *Vid.* V. Carvalho Pinto, “Direito Urbanístico. Plano Diretor e Direito de Propriedade”, 4ª ed., São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014. p. 87.

⁴²⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico; (...)”.

⁴²⁷ Es relevante recordar que la forma de Estado adoptada en Brasil es el federalismo, constitucionalmente organizado en tres niveles de gobierno: el Estado Federal propiamente dicho, designado “União”, los Estados miembros y los Municipios, lo que supone una compleja división de competencias legislativas llevada a cabo de distintas formas por la propia Constitución. Como es intuitivo, el principio rector de la división de competencias es el de la “predominancia del interés” y, en esta conformidad, se cogita interés nacional,

competencia constitucional concurrente está compartida dentro de una concepción limitada mutuamente entre los dos grandes ejes políticos de poder en el ámbito urbanístico, es decir, se ejerce de modo que cabe al Estado Federal (União) establecer las normas generales (directrices) y a los Estados miembros corresponde establecer las normas específicas. Con notable participación de los municipios como vamos a ver a continuación.

En efecto, asimismo hay que recordar que el art. 30.1 de la Constitución Brasileña atribuye a los municipios la competencia para legislar sobre interés local y, más precisamente, les otorga la función de planear y ordenar el uso y la ocupación del suelo de la ciudad (art. 30.8)⁴²⁸. Esta competencia resulta reforzada por la Constitución cuando, al tratar específicamente de la “Política Urbana” en el Título “Da Ordem Econômica e Financeira” (Título VII, Capítulo II) en el art. 182 establece que compete a los municipios la función pública de ordenar el desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes.

Además de ello, el mencionado artículo determina que la política de desarrollo urbano sea instituida por ley y, viene a complementar al art. 30.8 en cuanto al deber del Poder Público de planear el uso del suelo de la ciudad, establece que toda ciudad con más de veinte mil habitantes debe tener un plan director de ordenación territorial, lo cual consigna ser el instrumento más importante de la política urbana⁴²⁹..

En pocas palabras, el constituyente originario ha establecido que la política de desarrollo urbano será ejecutada fundamentalmente por el municipio, aunque sea posible a la

interés regional e interés local. Específicamente el citado art. 24 de la Constitución establece un esquema vertical de reparto de competencias legislativas al repartirla entre los miembros de la Federación de manera concurrente. En esta perspectiva, toca al Estado federal establecer las normas generales, es decir, fijar directrices generales, y a los Estados miembros establecer las normas específicas.

⁴²⁸ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; (promover, dentro de lo posible, la adecuada ordenación territorial, mediante la planificación y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano)

(...)

⁴²⁹ Actualmente, Brasil tiene 5.561 municipios. De este total, 4.172 ciudades tienen menos de veinte mil habitantes. Luego, aplicándose las disposiciones constitucionales, 1.389 municipios están obligados a elaborar su Plan Director.

União y a los Estados miembros legislar sobre aspectos generales, como también elevó el plan director a la condición de eje de la política urbana en Brasil, el cual debe ser aprobado por una Ley en sentido material y formal.

Es importante destacar, para mejor comprensión del tema competencial, que tal política comporta dos dimensiones: una que tiene por objetivo el desarrollo del sistema urbano, red urbana de las ciudades (dimensión interurbana). Esta es de carácter nacional, regional, de competencia da união, en los términos de los artículos 21, inciso XX de la Constitución Federal; otra que considera el desarrollo urbano del territorio municipal y, por lo tanto, de competencia municipal, de la manera prevista en el artículo 30, incisos I, II y VIII del texto constitucional.

5.1 La designación plan director, su contenido y sus efectos jurídicos

Sobre la nomenclatura adoptada por la Constitución – plan director – elucida Silva que, por un lado, es “plan” porque fija los objetivos a ser alcanzados, las actividades a ser desarrolladas y el poder público competente para llevar a cabo las finalidades por él mismo previstas. Por otro lado, es director porque establece las directrices del desarrollo urbanístico del municipio de manera sistematizada con vistas a promover el bien estar general⁴³⁰.

Además de ello, sus prescripciones, conviene subrayar, son de observancia obligada tanto por los poderes públicos como por los ciudadanos⁴³¹ porque, tal y como establece el art. 182.1, es simultáneamente el instrumento básico, la norma fundamental de la política de desarrollo y expansión urbana, y el elemento definidor de lo que es función social de la propiedad. En efecto, el mencionado artículo establece expresamente que la propiedad urbana cumple su función social siempre y cuando obedece a las disposiciones del plan director. No hay en Brasil, por tanto y distintamente de lo que ocurre en otros países, espacio para discusiones sobre qué es la función social de la propiedad, pues el criterio para su definición

⁴³⁰ Vid. J. Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007. p. 738.

⁴³¹ Vid. T. Mukai, “Direito Urbano-Ambiental Brasileiro”, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2002. p. 102.

es el cumplimiento de las prescripciones del plan director, tal y como textualmente determina la Constitución.

De manera que, al día de hoy el Derecho Urbanístico brasileño, cuyas bases son esencialmente constitucionales, como se puede concluir sin lugar a dudas de los dispositivos que se ha mencionado, se apoya en dos nociones muy precisas: el urbanismo es una función pública, consistente en ordenar y planear la utilización y la ocupación del suelo de la ciudad, y el plan director es el eje de toda la política de desarrollo urbano.

Del enunciado del mencionado artículo 182 de la Constitución Brasileña también es posible concluir que el tratamiento constitucional del urbanismo en Brasil parece compatibilizarse con la noción propugnada por González Pérez en el sentido de que “solo enfrentándose al territorio con un criterio de totalidad, es posible intentar que la vida del hombre en la tierra sea mejor. Solo incorporando a la actividad de ordenación del territorio los más vastos objetivos, es posible superar los graves problemas planteados y hacer que la ordenación territorial sirva para el libre despliegue de la personalidad dentro de la comunidad”.⁴³²

Establecidas las cosas en estas bases, se concluye que, al igual que en España, compete al plan establecer el diseño y el modelo urbano más adecuado a la realidad de la ciudad conjugando las opciones técnicas propias de la noción de ordenación urbanística con opciones puramente políticas adecuadas a atender al interés público. De manera que también en Brasil tiene cabida la observación de García de Enterría y Parejo Alfonso de que la potestad pública de planeamiento “no sólo regula el uso del suelo y de la construcción, definiendo positivamente el estatuto del derecho de propiedad, sino que prefigura en todos sus aspectos —es decir, diseña— el desarrollo urbanístico del territorio planeado”⁴³³.

⁴³² Vid. J. González Pérez, “Los Planes de Urbanismo”, Publicaciones Abella, El Consultor de Ayuntamientos, Madrid, 1974, p. 36.

⁴³³ Vid. E. García de Enterría; L. Parejo Alfonso, “Lecciones de Derecho Urbanístico, I, Civitas, Madrid, 1979, a. ed. p. 167.

Llegado a este punto procede intentar definir que es el plan director en la concepción legislativo-constitucional brasileña, a pesar que no se desconoce que es un concepto que primordialmente pertenece a la técnica urbanística. Desde el punto de vista jurídico, que es lo que interesa a este trabajo, Lopes Meirelles lo sintetiza afirmando que es un complejo de normas legales que establecen técnicas para el integral desarrollo de la ciudad a partir de aspectos físicos, sociales, económicos y administrativos, destacando que tales deben estar volcadas a atender, también, a las demandas de la sociedad.

A lo par de ello, defiende el autor que el plan debe ser el elemento orientador de toda la actividad pública en materia de urbanismo, como también el conductor del crecimiento de la ciudad y el instrumento de control de las actividades que impacten en la urbe⁴³⁴. Pero, adelantamos ya, no es un plan de ordenación territorial sino estrictamente urbano, esto es, sus normas y demás reglas, se fijan solamente en lo que es la trama urbana de la ciudad, sin extenderse al resto del territorio. De ahí, evidentemente, la importancia de la participación del municipio en su redacción y gestión. Por destinarse a disciplinar algo esencialmente mutable como es la vida en la ciudad, el plan no es una norma estática destinada a permanecer ilimitadamente, como suelen ser las demás.

En efecto, Mukai destaca que las prescripciones del plan deben regir por un determinado espacio de tiempo⁴³⁵, cumplido el cual debe ser revisado para atender mejor a los cambios sociales experimentados por la ciudad sobre la cual incide. Este mecanismo de ajuste, cumplido el lapso temporal legalmente impuesto, prestigia el carácter dinámico de nuestras ciudades y su complejidad intrínseca, en sus diferentes niveles, a la vez en que supone la existencia de un proceso de planeamiento continuo del desarrollo urbano y pleno de complejidad.

⁴³⁴ Vid. H. Lopes Meirelles, “Direito Municipal Brasileiro”, 17ª ed., 2ª tir., São Paulo, Malheiros, 2014, p. 562.

⁴³⁵ Vid. T. Mukai, “Direito Urbano-Ambiental Brasileiro”, 2ª ed., São Paulo, Dialética, 2002.

5.2 Principios constitucionales atinentes al plan

De las disposiciones del art. 182 se extraen los principios y nociones básicas informadores del planeamiento urbanístico brasileño: 1) la centralidad del plan en la política de desarrollo urbanístico; 2) la eficacia *plurisubjetiva* de las disposiciones del plan; 3) el plan como estatuto jurídico de la propiedad urbanística; 4) el plan como fundamento de la disciplina urbanística; 5) la especialidad del plan en cuanto al objeto; 6) la territorialidad; 7) la reserva del plan.

El principio de la centralidad del plan deriva de la consagración textual del plan como el eje de la política de desarrollo y expansión de la ciudad y de la imposición constitucional de que toda ciudad con más de veinte mil habitantes adopte un plan director (Art. 182.1). En cuanto al principio de la eficacia plurisubjetiva, deriva del hecho de que el plan director es impositivo tanto para el Poder Público (pues este debe seguir sus directrices generales al elaborar la política de desarrollo y expansión urbanos), como para los ciudadanos, ya que solamente cuando la propiedad cumple sus disposiciones puede ser considerada como cumplidora de la función social. Además, según el citado artículo, el plan es aprobado por ley lo que *per si* ya le confiere la propalada eficacia plurisubjetiva.

La política urbana está en el Plan Director, conforme definido en el “*Estatuto da Cidade*”, como instrumento básico para orientar la política de desarrollo y de ordenamiento de la expansión urbana del municipio. Es una ley municipal propuesta por el ejecutivo con la participación de la sociedad civil y aprobada por la Camara Municipal, que tiene el objetivo de establecer y organizar el crecimiento, el funcionamiento, el planeamiento territorial de la ciudad y orientar las prioridades de las inversiones. La competencia del municipio está definida en la Constitución Federal en su artículo 30, I.

El Plan Director es un instrumento básico del desarrollo y el espacio de la política urbana que tiene la función de establecer normas imperativas a los particulares y agentes privados con metas y directrices de la política urbana, normas de verificación de la función social de la propiedad, normas acondicionadoras del ejercicio de la política urbana que tiene

el objetivo principal de garantizar las condiciones dignas de la vida humana, el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y la efectividad de la función social de la propiedad.

El desarrollo de la planificación urbanística municipal no puede restringirse a los planes meramente dirigidos al sector privado porque la normalización urbanística, preconizada por el texto constitucional, tiene como centralidad propiciar facultades y derechos y producir obligaciones a todos los ciudadanos públicos y privados. Por eso su carácter es imperativo.

En términos de los principios constitucionales orientadores del Plan Director, las funciones sociales de la ciudad y el desarrollo urbano sostenible sirven como niveladores de la política urbana con el poder de reconducir los recursos y las riquezas de forma justa para combatir las situaciones de desigualdad económica y social que es la realidad de nuestras ciudades brasileñas.

Otro principio derivado del art. 182 es el carácter estatutario de la propiedad urbanística (planeada), es decir, la propiedad es un derecho cuyo contenido y ejercicio son designados por las disposiciones del plan director y de las normas urbanísticas en general. Por añadidura, la literalidad del artículo desvela que el plan director es el fundamento de la disciplina urbanística. La consecuencia de ello es que la actividad sancionadora de que está investida la Administración Pública frente a los ilícitos urbanísticos se ejerce no solamente como expresión del poder de policía administrativo, sino más bien como forma de ajustar la propiedad a su función social, noción que refuerza el carácter estatutario de la propiedad.

El principio de la especialidad, por su parte, significa que al plan urbanístico solamente le compete disciplinar el ordenamiento territorial, como sostiene Carvalho Pinto, pero no le compete el desarrollo de políticas sectoriales o de promoción del desarrollo económico⁴³⁶, aunque las prescripciones del plan director, obviamente, disciplinen las actividades económicas típicas de la ciudad. Lo que no se puede concebir es que el plan

⁴³⁶ Vid. V. Carvalho Pinto, “Direito Urbanístico, Plano Diretor e Direito de Propriedade”, Thomson Reuters Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, 4ª ed., p. 96.

contenga en su esencia el propósito de incentivar o promover el desarrollo económico puro y duro.

En el debate sobre el Plan Director, José Afonso da Silva señala que:

*O plano diretor, que é um plano urbanístico geral, constitui parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. Advirta-se, contudo, que isso não torna o plano diretor dependente dos planos de desenvolvimento do Município, no sentido de que é necessário de que estes sejam elaborados para que aquele também seja. Não, não é isso, pois o planejamento urbanístico há que realizar-se com a elaboração do respectivo plano diretor nas cidades de mais de 20.000 habitantes mesmo quando não haja um processo de planejamento geral permanente. A rigor, também o planejamento urbanístico não é substituto do planejamento local embora algumas leis orgânicas municipais o tomem nesse sentido.*⁴³⁷

De esa manera, no podemos pensar que el Plan Director sea responsable del planeamiento municipal en su totalidad, es un plan específico, según el modelo constitucional para la regularización del orden urbano y, por eso, es el responsable de garantizar la vivienda y la función social de la propiedad urbana, en el sentido de que la ciudad esté ordenada bajo la óptica del espacio y el conjunto de valores, en un proceso democrático, bajo el estricto cumplimiento de los principios y derechos fundamentales de los seres humanos reconocidos en las directrices generales del “*Estatuto da Cidade*”.

El mismo autor asevera que el plan no abarca a todo el territorio del municipio restringiéndose a su parcela urbanizada, es decir, a la ciudad que, en la concepción adoptada por la Constitución, es comprendida como el conjunto de edificaciones y equipamientos urbanísticos, solamente actuando sobre la zona rural para incluirla en las zonas de expansión urbana⁴³⁸. Esta circunstancia nos lleva a concluir por la existencia del principio de la territorialidad, según la cual es objeto del plan únicamente la parcela urbanizada del territorio municipal.

⁴³⁷ J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008. p. 138.

⁴³⁸ Vid. V. Carvalho Pinto, “Direito Urbanístico, Plano Diretor e Direito de Propriedade”, *cit.*, p. 97.

Tal debate se resuelve con la edición del “*Estatuto da Cidade*”, Ley nº 10.257 de 10 de julio de 2001, que será tratado con más detalles en seguimiento. Pero es posible adelantar que, a partir de su vigencia, las dudas sobre el ámbito de incidencia del plan director se resuelven ya que establece que está dirigido, exclusivamente, a la ciudad. Sus directrices generales se destinan a disciplinar con exclusividad la ciudad, por ello es un plan urbanístico “stricto sensu”, no es pues un plan de “ordenación territorial”, que incluiría la zona agrícola circundante, y naturalmente, el medio ambiente.

Asimismo, de la redacción del art. 182 se extrae el principio de la reserva del plan puesto que, al ser el elemento principal de la política urbana es el gran rector de todas las iniciativas de carácter urbanístico, lo que hace con que el tratamiento de algunas materias sea de su exclusiva competencia. Además de ello, tal principio impone que las actividades públicas de carácter urbanístico deban estar en relación de coordinación con plan director y, condiciona que, *a priori*, todas las medidas e iniciativas de carácter urbanístico deban estar previstas en dicho instrumento. Sin embargo, hay quienes defiendan que es posible admitir la efectividad de medidas urbanísticas que, aunque no estén expresamente previstas en el plan director, sean compatibles con sus disposiciones⁴³⁹.

Ahora bien, tal y como razona Carvalho Pinto, el principio de la reserva del plan no impide que las disposiciones del plan director sean detalladas por otros instrumentos, tales como proyectos de parcelación del suelo o de obras públicas. Lo que sí impide es que sean llevados a cabo en el territorio de la ciudad intervenciones no planeadas.

En efecto, cumple recordar en este punto que el párrafo 4º del artículo 182 de la Constitución formaliza la necesidad de previsión en el Plan Director de los casos en que serán aplicables la parcelación y la edificación obligatorias del suelo, el impuesto progresivo sobre bienes inmuebles no edificados, infrautilizados o no utilizados, y la expropiación para la reforma urbana. Pero la disciplina de cada uno de estos mecanismos demanda legislación propia complementaria al plan.

⁴³⁹ Vid. V. Carvalho Pinto, “Direito Urbanístico, Plano Diretor e Direito de Propriedade”, *cit.*, p. 181.

Además, si es verdad que el Plan Director es el responsable de definir los criterios para la utilización de los instrumentos urbanos establecidos en el “*Estatuto da Cidade*”, por ejemplo, la transferencia del derecho a construir y las zonas especiales de interés social⁴⁴⁰, no es menos verdad que al igual que los anteriormente citados, estos mecanismos son desarrollados por una legislación específica. Como se puede verificar, la reserva del plan no impide el desarrollo de sus prescripciones por otros instrumentos, lo que sí es necesario es la previsión, aunque mínima de las transformaciones del suelo admisibles.

Esto tiene una importante repercusión en el tema de esta tesis: al tomarse como imperativo el principio de la reserva del plan, cualquier política pública de regularización de suelo parcelado clandestinamente, aunque sea fundamentado en el derecho a la vivienda, deberá ser prevista o permitida por aquél. Es decir, el plan director deberá establecer textualmente cuales son las zonas de ciudad en que permite la regularización de asentamientos ilegales –cualquier que sea su naturaleza–, las formas cómo debe ser llevado a efecto y los mecanismos de equidistribución (igualación) de los beneficios y cargas de la urbanización eventualmente aplicables.

5.3 La disciplina infraconstitucional del Plan Director

La disciplina constitucional de la política urbana y, por ende, del plan director es amplia pero no la agota, de manera que la propia carta establece la necesidad de la edición de una Ley de desarrollo, la cual está concretada en el llamado *Estatuto da Cidade*”, Ley nº 10.257 de 10 de julio de 2001. De hecho, en conformidad con el artículo 21.20 de la Constitución, es competencia de la União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”⁴⁴¹ y tal norma cumple dicha función.

⁴⁴⁰ A expressão “Zona Especial de Interesse Social” - ZEIS surgiu em Recife, na lei municipal de uso do solo de 1983, delimitando áreas urbanas “caracterizadas como assentamentos habitacionais surgidos espontaneamente, existentes e consolidados, onde são estabelecidas normas urbanísticas especiais, no interesse social de promover a sua regularização jurídica e a sua integração na estrutura urbana (Secretaria Nacional da Habitação, Ministério das Cidades – “Guia para Delimitação e Regulamentação de Zonas Especiais de Interesse Social ZEIS de Vazios Urbanos”, 2009).

⁴⁴¹ Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Es por esa razón que se afirma que la política urbana está ejecutada por el Poder Público Municipal, pero la autonomía del poder municipal está limitada porque la ejecución deberá someterse a las directrices generales previstas en el “*Estatuto da Cidade*”, ley 10.257/2001.

Dicha Ley, al par de detallar los principios informadores de la función pública de ordenación del uso y de la ocupación del suelo capaces de promover lo que entendemos por función social de la ciudad, prevé los instrumentos básicos mediante los cuales debe materializarse la política urbana. Tal política, tal y como establece el multicitado art. 182, tiene como objetivo principal ordenar el desarrollo de las funciones sociales de las ciudades y, en consecuencia, garantizar el bienestar de sus habitantes.

El “*Estatuto da Cidade*” dedica gran parte de su contenido a los instrumentos aptos a la promoción de la política urbana, sobre todo a nivel municipal, clasificados, según su naturaleza, en tributarios, financieros o económicos; jurídicos; administrativos y políticos. Dicha Ley regula, verbigracia, los citados en los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal, a saber: la parcelación, la edificación o el uso obligatorio; el impuesto progresivo sobre bienes inmuebles; la expropiación urbanística y la usucapión de la propiedad urbana que no cumple la función social.

En ese conjunto de instrumentos, y de acuerdo con lo que preceptúa referida Ley, la creación de zonas especiales de interés social se convierte en un instrumento muy importante para la regulación de los asentamientos irregulares.

Es importante aclarar que, cuando la legislación se refiere al término “interés social”, por lo general, hace referencia a la atención de las necesidades de los sectores más pobres de la población en favor de la reducción de las desigualdades económicas y sociales. Si en la división de áreas, en un sentido amplio, se hace la división del territorio en varias zonas para que sean definidas las formas de uso y ocupación de cada uno de esos espacios para darles

mayor homogeneidad, la zona especial de interés social es la que está más comprometida con la viabilidad de los intereses de las clases populares.

Se recomienda que la legislación urbanística adopte, por lo menos en algunas áreas, modelos estándar compatibles con la realidad de las personas de baja renta para que no entren en la ilegalidad. A menudo, el cumplimiento de los modelos urbanísticos idealizados es inviable en la práctica para una significativa parcela de la población por las dificultades económicas.

Aún en el plan de la legislación de desarrollo merece destaque la Ley Federal n° 6.766 de 19 de diciembre de 1979, cuyo texto original ha sufrido muchos cambios desde su promulgación, la cual instituye el régimen de parcelación del suelo de la ciudad. Entre muchas otras disposiciones, tal norma disciplina las zonas residenciales de interés social estableciendo requisitos mínimos para la parcelación del suelo mucho más blandos que los exigidos habitualmente (art. 2, § 6 °).]

Por lo tanto, al Poder Público municipal se le da autoridad para establecer zonas con reglas especiales cuando el uso es el de promover la integración de las personas más necesitadas en espacios habitables, en favor de mantener la legalidad urbanística. Ello porque en Brasil la complejidad técnica y las innumerables fases que conlleva la disciplina general de la parcelación del suelo la convierten en un procedimiento muy dispendioso y poco asequible, lo que estimula la parcelación del ilegal del suelo y la proliferación de chabolas.

Cuando ello ocurre, tiene cabida el procedimiento de regularización territorial urbana, procedimiento de iniciativa pública o privada, pero que siempre es gestionado por el Poder Público, que tiene por finalidad ajustar la parcelación y la ocupación de irregulares del suelo a la Ley. Por lo general, antaño el término “regularización” se utilizaba preponderantemente para designar la actuación destinada a revestir de protección la posesión existente sobre un determinado inmueble, lo cual podría ocurrir mediante la institución de un título de propiedad o de otro derecho real. Sin embargo, al día de hoy, en razón de lo que dispone la Constitución sobre la función pública de ordenar el uso y la ocupación del suelo, el

término la regularización tiene un cariz marcadamente urbanístico, destinándose a legalizar las parcelas de la ciudad urbanizadas al margen de la Ley.

Al final de la presentación de este conjunto normativo que da cuerpo a un nuevo orden urbano nacional, muy bien definido en el “*Estatuto da Cidade*” y en el conjunto legislativo que lo complementa, surge una cuestión que debe ser investigada y es lo que denominamos una posible diferencia en términos conceptuales del derecho a la propiedad previsto en el artículo 5° de la Constitución Federal y el derecho a la vivienda previsto en el artículo 6° del mismo instrumento jurídico.

Por esa razón, pensar en la regularización de la vivienda social requiere, en primer lugar, recuperar los conceptos del derecho a la propiedad previsto en el artículo 5° y el derecho a la vivienda previsto en el artículo 6° de la Constitución Federal. Esta es la primera indagación del capítulo 4° de nuestra investigación, vivienda social y política pública de regularización territorial.

5.4 La gestión democrática de la ciudad

La disciplina constitucional del urbanismo, sin lugar a dudas, hace surgir la garantía del derecho a la ciudad, lo cual está protagonizado por aspectos de la gestión democrática, la cual se concreta, por ejemplo, mediante la participación de la sociedad en las fases de elaboración, de ejecución y de revisión (*jus variandi*) del plan director, en cooperación con el poder público y la iniciativa privada. Ello es el resultado de la modificación que sufre el municipio, no solamente en términos de competencia sino en el aspecto de efectividad de la democracia, ya que el municipio tiene que cumplir las exigencias de la efectiva participación de la sociedad.

La participación de la población puede ocurrir de diversas formas, por ejemplo, en las discusiones sobre potencialidad e identificación de los problemas existentes a nivel local, a través de consejos, comités o comisiones de representantes de varios sectores de la población,

de la comunidad empresarial y de los diferentes niveles de gobierno. El “*Estatuto da Cidade*” garantiza que los poderes legislativo y ejecutivo promuevan reuniones públicas y debates con la participación de la población y de asociaciones que representan a varios sectores que componen la sociedad local. Además, todos los documentos e información producidos deben hacerse públicos y así cualquier persona interesada tiene libre acceso a los documentos e información producidos.

En este sentido, el plan director es un importante documento administrativo-urbanístico, por lo tanto, la referencia principal para la acción gubernamental y, cuando está apoyado por todos los entes sociales, se establece mediante un amplio pacto entre el Poder Público y los privados. De esta forma, sus orientaciones son, a la vez, el resultado de una construcción pactada colectivamente y la base para el control social sobre la acción del poder público en el territorio municipal.

Ahora bien, este proceso de gestión democrática de la ciudad no se agota en la participación social en el procedimiento administrativo referente al planeamiento. Ocurre igualmente a través de la oferta equitativa de equipamientos urbanísticos y servicios públicos para todas las zonas de la ciudad, adecuación de los instrumentos económicos, tributarios y financieros, además de los gastos públicos, en favor de la promoción de la igualdad de condiciones de fruición de dichos equipamientos y servicios por todos los ciudadanos.

Asimismo, deriva de la regularización de la parcelación clandestina del territorio, bien sea de solares parcelados irregularmente, es decir de irregularidades en la utilización de suelo urbanizado, bien sea en los casos de fincas rurales urbanizadas al margen de la Ley.

Todo ello demuestra que la legislación brasileña, a lo largo del tiempo, ha convergido en sus diferentes instrumentos, para lograr el proceso de gestión democrática de la ciudad, el cual se intensificó después de la constitucionalización del Derecho Urbanístico y culminó con el *Estatuto da Cidade*. La doctrina, con todo, se anticipó a él, como se comprueba en el estudio de Magalhães datado de 1997. En él, el autor, al tratar del poder municipal, señala la necesidad de pensar en el proceso democrático de decisión en los

municipios. Lo que requiere recordar la relación de lo público y lo privado y la importancia de lo público en el ámbito económico:

*[...] a ausência do interesse público e do planejamento, na atuação do Estado no domínio econômico, tem proporcionado o crescimento econômico desordenado e desequilibrado. [...] o que tem sido pratica no Estado brasileiro é a utilização privada do Estado e dos recursos públicos, que conduzem, de forma errada, direcionamento do desenvolvimento econômico.*⁴⁴²

5.5 El contenido mínimo del plan director

Según destaca Carvalho Pinto, el Consejo de las Ciudades, órgano consultivo vinculado al Ministerio de la Ciudad, apoyado en la Medida Provisoria nº 2.220 de 04 de septiembre de 2001, editó la resolución nº 34 de 1 de julio de 2005 para orientar los gestores públicos sobre cual debe ser el contenido mínimo del Plan director. El art. 1 de tal resolución establece como siendo contenido mínimo impositivo del plan director: a) promover acciones y medidas para asegurar el cumplimiento de las funciones sociales de la ciudad, considerando el territorio como un todo, o sea, urbano y rural; b) medidas que aseguren el cumplimiento de las funciones sociales de la propiedad urbana, es decir, pública y privada; c) instalaciones urbanas: movilidad, transporte y servicios públicos; urbanización territorial que tiene el objetivo de proteger el derecho humano fundamental a la vivienda; d) destinación de aéreas para las actividades económicas: emprendimientos comerciales, entre otros.⁴⁴³

La doctrina especializada, sin embargo, plantea el tema de manera un poco distinta. Según José Afonso da Silva, el plan director debe contemplar los siguientes aspectos: a) económico al tener en cuenta disposiciones sobre el desarrollo e integración de la economía municipal de forma inclusiva para toda la población; b) social al tener normas de promoción y creación de condiciones mínimas para la comunidad local; c) físico espaciales al disponer sobre la red viaria, división de zonas, ambiental, redes de instalaciones y servicios públicos; d) administrativo al tener normas de organización institucional de planificación de las

⁴⁴² J. Luiz Quadros de Magalhães, “Poder Municipal – paradigma para um estado constitucional brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p. 118.

⁴⁴³ V. Carvalho Pinto, “Direito urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade”. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010. p. 114.

actividades públicas. En síntesis, la función es la de sistematizar las funciones física, económica y social del municipio con el objetivo de alcanzar el bienestar de la comunidad.⁴⁴⁴

Toda esa realidad que envuelve la cuestión urbana a partir de la constitución de 1988 confirma lo que dice Miguel Angel Berçaitz:

La problemática del urbanismo comprende consiguientemente el aspecto jurídico como parte integrante del derecho Municipal, que regula así la expansión horizontal y vertical de los núcleos urbanos, base fundamental de todas las sociedades civilizadas, en defensa de principios vitales que hacen a la supervivencia del individuo en la ciudad y de la ciudad en sí como modo de expresión de un tipo de vida universal y actual. [...] el urbanismo como fenómeno técnico, económico, social y jurídico, ha transformado el gobierno local de “propios y arbitrios” en uno de transcendencia regional y nacional, comprensivo de todos los problemas que atañen al vivir urbano.⁴⁴⁵

El Plan Director tiene la tarea de establecer los siguientes puntos: normas imperativas a los particulares y agentes públicos; metas y directrices de la política urbana; criterios para verificar el principio de la función social de la propiedad; normas acondicionadoras del derecho a la propiedad que pretenden alcanzar los objetivos de la política urbana que son: garantizar las condiciones dignas de la vida urbana, el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y el cumplimiento de la función social de la propiedad.

El conjunto de principios constitucionales determina al poder público acciones y medidas concretas que tienen que estar incluidas en el Plan Director, destinadas a garantizar el derecho a las ciudades sostenibles, noción derivada de la conjugación del art. 182, atiente a la ordenación urbana, con el art. 225 de la Constitución Federal, el trata del medio ambiente. Este conjunto normativo garantiza la promoción y la protección del derecho a la vivienda urbana digna y ambientalmente sustentable y sus disposiciones fueron reproducidas en el artículo 2º del “*Estatuto da Cidade*”.

⁴⁴⁴ J. Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

⁴⁴⁵ M. Ángel Berçaitz, “Problemas jurídicos del urbanismo: restricciones – Servidumbres – Expropiación. “Remedios Administrativos, Remedios jurisdiccionales, Legislación local”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972. p. 29.

Acerca de ello, tiene cabida aclarar que nos referimos a una vivienda digna y ambientalmente sostenible cuando tiene saneamiento, infraestructura, transporte, servicios públicos, etc., todo esto garantizado de forma universal a toda la población y a las futuras generaciones. Más que ello, se garantiza la función social de la ciudad cuando se tiene la reducción de la desigualdad social, la promoción de la justicia y la mejoría de la calidad de vida de todos los ciudadanos.

Para concluir es importante afirmar que el plan director el documento más importante en la definición de la política pública de ordenación y regularización de la ciudad; ocupa lugar prioritario en el sistema de fuentes jurídicas y, en ese sentido, concluimos que las bases de la política de ordenación y legalización de suelo tiene su fundamento en Plan Director.

En ese contexto, el capítulo siguiente tiene como objetivo encontrar los términos de la construcción de esa política y de los principales programas que la constituyen, señalar los instrumentos jurídicos mas importantes y disponibles para la realización de la vivienda social digna. Y, por fin, recordar puntos da regularización registral en la regularización fundiaria. Al final, procederemos a sintetizar los problemas envueltos en la exigencia de cualidades de la vivienda social digna, siempre focalizado en los aspectos de dignidad y de eficiencia pública y, por último, nos ocuparemos de las hipótesis que dieron vida a esta investigación seguida de las propuestas que fueron surgiendo a lo largo de la construcción de la tesis.

6 POLÍTICA PÚBLICA DE PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA SOCIAL DIGNA

6.1 Protección del derecho a la vivienda

Sobre el contexto general de la protección de la vivienda social digna y adecuada nombrada en el artículo 6º de la Constitución además de estar estrechamente vinculada a la cuestión de interdependencia con otros derechos y con el entorno físico y valorativo de la ciudad, se trata de una vivienda de acceso universal. Por todo esto, debemos recordar aquí que el sistema de protección global, en el caso brasileño, dirige, no solamente la construcción del derecho a la vivienda social, sino también, la formulación del sistema nacional y local.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando reconoce que el ser humano tiene derecho a un nivel de vida adecuado, también está reconociendo la vivienda como una necesidad básica de este nivel de vida definido por la declaración como adecuado. En ese sentido, podemos afirmar que el derecho a la vivienda tiene su origen en el artículo XXV de la Declaración Universal de Derechos Humanos que define: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda”.

A partir de esta afirmación, y porque los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, el reconocimiento del derecho a un nivel de vida adecuado y sus elementos intrínsecos tales como salud, vestuario y vivienda confirma que la vivienda es un derecho intrínseco necesario para un nivel de vida digno como se manifiesta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁴⁴⁶ El parecer de la Defensoría Pública de Belo Horizonte sobre este aspecto es:

La cuestión es que el derecho a la vivienda no es sólo tener un techo. Sino que es la cuestión de la vivienda social, que es vivir donde se tiene acceso al transporte público, al trabajo, a la salud, a tener una escuela para poner a los hijos, y el estado no lo cumple. Mire usted si está de acuerdo conmigo, porque, por ejemplo, muchas veces cuando ocurre el reasentamiento, en muchos casos las personas son retiradas de un lugar y llevadas a un lugar lejano, que a veces no tienen acceso al transporte

⁴⁴⁶ “[...] *Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde, bem-estar, alimentação, vestuário, habitação [...]*” (Declaração Universal de Direitos Humanos, disponible en: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acceso el: 20 ene. 2017).

público adecuado, no tiene una UPA, un hospital, entonces en ese caso, sacar a una persona de una situación de riesgo o dejarlo en la calle es no cumplir el derecho a la vivienda, pero ¿hacer el reasentamiento es garantizar realmente el derecho a la vivienda?⁴⁴⁷

Los tratados y convenciones de derechos humanos están destinados a la promoción y protección de los derechos humanos y, por lo tanto, es el poder público, en lo que respecta a la promoción y protección, el que tiene la obligación y el compromiso con las personas y no con los estados. De esa manera, la comunidad internacional, en cumplimiento de los requisitos de la promoción y de la protección de los derechos humanos universales, construye varios instrumentos y mecanismos de supervisión y control con el fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales de derechos humanos.

Uno de los ejemplos más importantes del sistema de protección internacional que contribuye en gran medida a las demandas brasileñas, por ejemplo, es la Comisión de Derechos Humanos en el ámbito del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) que, a lo largo de los últimos 10 años, cuando evalúa los informes anuales, alerta a Brasil sobre el acceso y la promoción de los derechos humanos.

Los Pactos Internacionales que sirven como marco para la Declaración Universal, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDESC), establecidos por las Naciones Unidas en 1966, entran en vigor en 1976 y declaran a los países que firman estos pactos que tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas que integran los referidos estados. Con el establecimiento de estos pactos los derechos humanos previstos en el artículo XXV del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴⁴⁸, incluida la vivienda, ahora tienen un

⁴⁴⁷ “A questão é que o direito à moradia não é ter apenas um teto né. Mas sim a questão da moradia social, que é morar onde você tenha acesso ao transporte público, ao trabalho, à saúde, ter uma escola para botar seus filhos, e o Estado não cumpre isso. Veja se você concorda comigo, porque por exemplo, muitas vezes quando ocorre o reassentamento, muitos casos são os que as pessoas são retiradas de um lugar e levada para um lugar muito longe, que as vezes não tem acesso à transporte público adequado, não tem uma UPA, um hospital, então nesse caso, tirar uma pessoa de uma situação de risco ou deixa-la em situação de rua é descumprir o direito à moradia, mas fazer o reassentamento é garantir realmente com o direito à moradia?” (M. Rios, “Relatório de entrevistas”, 2016).

⁴⁴⁸ “[...] Os Estados-partes no presente pacto reconhecem o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequado para si e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria continua de suas condições de vida” (PIDESC, disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acceso el: 20 ene. 2017).

tratamiento específico y defienden el combate contra el hambre, la enfermedad, la falta de vivienda, entre otros. En el mismo sentido, el artículo 11 del mismo Pacto en 1992 se refiere a uno de los principales argumentos del derecho a la vivienda y establece que: “[...] Los Estados-partes en el presente pacto reconocen el derecho de todas las personas a un nivel de vida adecuado para sí propias y sus familias, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, así como una mejora continua de sus condiciones de vida”. Lo que confirma, a nuestro juicio, la obligación del estado de proteger y promover instrumentos que sean eficaces para consolidar el acceso a la vivienda.

Brasil ratifica el Pacto de Derechos Civiles y Políticos a través del Decreto 592 de 6 de julio de 1992 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del Decreto 591 de la misma fecha⁴⁴⁹. En cuanto al Sistema de Protección Americano el Derecho a la vivienda está previsto en el Pacto San José de Costa Rica que en su artículo 26 reconoce que: “Los Estados-partes se comprometen a adoptar medidas en el ámbito interno [...] con el fin de lograr progresivamente la realización del derecho [...] a una vivienda adecuada para todos los sectores de la población”⁴⁵⁰. Por último, el párrafo 13 de la Estrategia Mundial de la vivienda (20/12/1988) es una decisión importante de las Naciones Unidas en la promoción y protección de la vivienda digna y establece que:

El derecho a una vivienda digna está reconocido universalmente por la comunidad de las Naciones Unidas. [...] Todas las naciones, sin excepción, tienen algunas obligaciones legales en el sector de la vivienda, como los ministerios o agencias de vivienda ejemplificados, la asignación de fondos en el sector de la vivienda en sus políticas, programas y proyectos [...] Todos los ciudadanos [...] desde el más pobre, tienen el derecho de evocar a su gobierno para satisfacer las necesidades de vivienda y exigirle la obligación fundamental de proteger y mejorar las casas [...] en lugar de perjudicarlas o destruirlas.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Decreto que incluí o PIDESC no sistema brasileiro, disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acceso el: 20 ene. 2017.

⁴⁵⁰ “*Os Estados-partes compromete-se a adotar as medidas no âmbito interno [...] a fim de conseguir alcançar progressivamente o direito [...] de adequada habitação para todos os setores da população*” (Pacto San José de Costa Rica, disponible en: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acceso el: 20 ene. 2017).

⁴⁵¹ “*O direito à moradia digna é reconhecido universalmente pela comunidade das Nações Unidas. [...] Todas as nações, sem exceção, têm algumas obrigações legais no setor da habitação, como exemplificado dos ministérios ou agências habitacionais, pela alocação dos fundos no setor de habitação em suas políticas, programas e projetos [...] Todo o cidadão [...] quão pobre ele possa ser, tem o direito de evocar seu governo para satisfação de suas necessidades habitacionais e exigir-lhe a obrigação fundamental de proteger e melhorar casas [...] em vez de danificá-las ou destruí-las*”.

El sistema de protección a la vivienda social digna, en el derecho brasileño, tiene como fundamento básico el entendimiento de que el derecho a la vivienda social digna está reconocido, en primer lugar, como premisa del principio de la dignidad humana previsto en la Constitución y, en segundo lugar, en el capítulo de los derechos sociales constitucionales, donde se encuentra el derecho a la vivienda social digna y adecuada.

Si consideramos que los derechos sociales están dentro de los derechos fundamentales del ser humano, tenemos, como resultado, que están subordinados a la regla de auto-aplicabilidad, es decir, aplicación inmediata y, de esa manera, el párrafo 1º del artículo 5º determina que: “Las disposiciones que definen los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”⁴⁵². Lo que por sí solo resuelve el problema de la auto-aplicabilidad del derecho a la vivienda social digna y adecuada. A continuación, el párrafo 2º reconoce que “Los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y los principios adoptados por la misma, o de los tratados internacionales en los que la República Federativa de Brasil forme parte”⁴⁵³ y, el párrafo 3º determina que: “Los tratados internacionales sobre derechos humanos que sean aprobados en cada cámara del Congreso Nacional, en dos rondas, por tres quintos de los votos de sus miembros serán equivalentes a las enmiendas constitucionales”⁴⁵⁴.

Es en este contexto que recordamos dos iniciativas importantes, tratadas en esta tesis, que ocurren en el campo de la garantía de la vivienda social digna. La primera es la lucha de la sociedad para conseguir la garantía del derecho a la vivienda, incluso antes de la inclusión en el texto constitucional en 2000. El estado se basa en documentos internacionales, como la Convención de Derechos Humanos de 1948, los Pactos de derechos Civiles y Políticos y el

⁴⁵² “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>).

⁴⁵³ “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>).

⁴⁵⁴ “Os tratados internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes a emendas constitucionais” (Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>).

Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos ellos incorporados en el sistema jurídico brasileño. Un contexto que deja clara la obligación del estado de promover y proteger el derecho a la vivienda digna, sin olvidar, su carácter universal e interdependencia de otros derechos que son también fundamentales.

La segunda iniciativa, también de gran importancia, se trata de la inversión estatal en la construcción de un nuevo orden urbanístico y del Plan Director en el que los municipios tienen la función de formular políticas públicas dirigidas a la regularización de la ciudad dando prioridad a la garantía de la vivienda a la población de baja renta que no tiene las condiciones mínimas para tener su primera vivienda digna, cumpliéndose así el sentido de vivienda como un derecho de carácter universal.

6.2 La política pública de regularización territorial urbana

Para realizar la tarea de fundamentar esta etapa de la investigación, escogimos un conjunto de autores, como Marcos Vaquer Caballería⁴⁵⁵, Fernando López Ramón⁴⁵⁶ y Nelson Saule Junior⁴⁵⁷ y las entrevistas realizadas con las personas que trabajan directamente en la política de regularización de favelas en Belo Horizonte. Esto no quiere decir que no se citen otros estudios. El criterio de priorización no es de exclusividad. Es debido a que, a nuestro juicio, nos ayuda a conseguir nuestro objetivo que es pensar la efectividad, el acceso y la protección del derecho a la vivienda social digna.

La proliferación de procesos informales de desarrollo urbano es una realidad en Brasil y miles de brasileños, históricamente, solamente consiguen acceso al suelo urbano y a la vivienda a través de mecanismos informales, lo que tiene como consecuencia la vulnerabilidad, la inseguridad en la ocupación y en la calidad de vida de la población. Esta realidad tiene como consecuencia la exclusión de la población de baja renta del proceso de desarrollo y, por esta razón, crece en la misma proporción los mercados de tierras

⁴⁵⁵ M. Vaquer Caballería, “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011.

⁴⁵⁶ F. López Ramón (Coord.), “Construyendo el derecho a la vivienda”, Madrid, Marcial Pons, 2011.

⁴⁵⁷ N. Saule Junior, “A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares”, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

especulativas, sistemas políticos clientelistas y regímenes jurídicos elitistas, lo que tiene como resultado que esta población conviva con la ausencia de condiciones suficientes y adecuadas de acceso a la vivienda, lo que provoca un crecimiento de las ocupaciones irregulares.

Es importante recordar en este punto lo que ya hemos dicho un poco más arriba y es que Brasil, en una parte significativa de su historia, era un país agrícola. La urbanización está vinculada a los ciclos económicos en un proceso de correspondencia entre la gente que trata de encontrar una mejor calidad de vida en la ciudad y que, a su vez, esta ciudad ofrece nuevas oportunidades de trabajo en la industria. Según los datos del IBGE,⁴⁵⁸ en 2007, el 83,48% de la población brasileña ya había llegado a las zonas urbanas de las ciudades. En 1960 este indicador era del 44,67%. Lo que, sin lugar a dudas, se trata de un crecimiento urbano acelerado en un corto período de tiempo. Para Meirelles, la ciudad y la vida de sus habitantes se convierten en un verdadero caos urbano porque las instalaciones y los servicios públicos son escasos para atender a la demanda de la población.⁴⁵⁹

Sobre el proceso histórico que justifica esta necesidad Silva indica que en los años 40 las ciudades eran vistas como una oportunidad para el progreso y la modernidad; en los años 90 su imagen se asocia con la violencia, la contaminación, los niños abandonados, el tráfico caótico. El proceso de urbanización con el crecimiento de la desigualdad tiene como resultado una concentración espacial sin precedentes y masiva de la pobreza que ha dado lugar a un proceso acelerado de ocupación en el siglo XX, dando lugar a lo que llamamos asentamientos irregulares.

En lo referente a los asentamientos irregulares, Silva afirma:

Foi, de fato, o loteamento ilegal, combinado à autoconstrução parcelada da moradia durante vários anos, a principal alternativa de habitação para a população migrante instalar-se em algumas das principais cidades brasileiras. Dessa forma foram construídas as imensas periferias de São Paulo e Rio de Janeiro. É certo que a Lei Lehman (Lei nº 6.766/1979) pretendeu corrigir essa situação, fechando essa alternativa, que era a única forma de acesso do trabalhador pobre à propriedade

⁴⁵⁸ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponible en: <https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2007/graficos_pdf.df>. Acceso el: 13 ene.2017.

⁴⁵⁹ H. Lopes Meirelles, “Desapropriação para urbanização”, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 116, p 01- 15, abril/junho, 1974.

*urbana, sem lhe abrir outra possibilidade. Por isso, um dos resultados que se aponta com a promulgação da lei é o crescimento de favelas.*⁴⁶⁰

De acuerdo con el “*Estatuto da Cidade*”, la política de regularización territorial urbana debe tener en cuenta el reconocimiento de la seguridad en un proceso completo de regularización de la ciudad en el que destaquen los aspectos social, económico y sustentable. Para Fernandes, solamente una regularización completa que combine las dimensiones territoriales, sociales, urbanas y ambientales, puede ser sostenible sin que se generen futuras distorsiones en las áreas en las que el Poder Público intervenga⁴⁶¹.

Según el Ministerio de las ciudades, la regulación del uso territorial urbano y las políticas públicas que se implementan se basan en la propia realidad objetiva y es proporcional a la presencia de viviendas informales y, en ese sentido, establece que:

*O modelo de desenvolvimento sócio-econômico que comandou a urbanização acelerada no Brasil produziu cidades fortemente marcadas pela presença das chamadas ‘periferias’. Dezenas de milhões de brasileiros não têm tido acesso ao solo urbano e à moradia senão através de processos e mecanismos informais – e frequentemente ilegais –, auto-construindo um habitat precário, vulnerável e inseguro em favelas, loteamentos e conjuntos habitacionais irregulares, loteamentos clandestinos, cortiços, casas de frente e fundo, bem como nas ocupações de áreas públicas, encostas, áreas de preservação, beiras de reservatórios e rios. Todo esse processo foi o resultado de séculos de dominação e apropriação privada das terras/áreas públicas, decorrendo daí um aparato jurídico-institucional, econômico, social e ideológico que definiu a propriedade da terra como um valor fundamental de controle das classes dominantes.*⁴⁶²

Una realidad que perdura en el tiempo porque ni la inclusión del derecho a la vivienda en la Constitución de 1988, el nuevo orden urbano propuesto por el “*Estatuto da Cidade*”, así como, las políticas públicas de regularización territorial logran detener el crecimiento del déficit habitacional “casi 8 millones de unidades” noticia difundida por el diario “*O estado de São Paulo*” el 11 de abril de 2009, la autora del artículo fue la periodista Flavia Tavares en el lanzamiento del programa “*Minha Casa Minha Vida*”, que entró en vigor en 2009. Esta noticia demuestra la afirmación de que la inversión pública ha contribuido poco para la efectividad del derecho a la vivienda social.

⁴⁶⁰ J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.

⁴⁶¹ E. Fernandes, “O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística”, in: C. Santos Carvalho; A. Rossbach (Org.), *O Estatuto da cidade comentado*, São Paulo, Ministério das Cidades/Aliança de Cidades, 2010.

⁴⁶² Ministério das Cidades, disponible en: <www2.planalto.gov.br>. 2004, p. 39. Acceso el: 10 ene. 2017.

En la noticia citada anteriormente, la periodista hace referencia a Fernandes y señala que: *“O Brasil não precisa mais de pacotes, precisa de política pública habitacional de longo prazo. [...] empurrar os pobres para periferia, onde não há infraestrutura e serviços, e não pôr o dedo na ferida da desapropriação de propriedades vazias, públicas ou privadas [...] que soma quase 6 milhões não será possível resolver essa situação”*.

La Política Habitacional está compuesta por un conjunto de políticas públicas dirigidas a la ordenación de la ciudad y la calidad de vida de la población y su objetivo principal es solucionar el problema de las irregularidades urbanas. Esta política, en un contexto general, parte de la suposición que la inversión privada es esencial porque posibilita que los recursos públicos se destinen a la población de baja renta, es por eso que el objetivo de esta política sea la expansión del crédito habitacional.

Con relación a la política de la vivienda relacionada al régimen del suelo, Vaquer Caballería, al discurrir sobre la realidad española, señala: “El principal problema de la calificación del suelo para uso residencial protegido [...] es de carácter dogmático: se refiere a que la vivienda protegida no es, en propiedad, ni un uso del suelo materialmente diverso ni una tipología edificatoria necesariamente diferente de la vivienda libre”⁴⁶³.

El mismo autor confirma que, aunque sea el contenido del urbanismo dirigido a “la ordenación de los usos del suelo, no es ni ha sido nunca una ordenación exclusivamente física, ajena a los aspectos sociológicos, económicos o culturales [...]”⁴⁶⁴. En este sentido es que afirmamos, en este trabajo, que la calidad de la política pasa, necesariamente, por el reconocimiento de que el concepto de ciudad tiene el aspecto físico y el aspecto de conjunto de valores imprescindibles a la efectividad del derecho a la vivienda.

Es en este contexto que surge el financiamiento de viviendas a la población de baja renta. Es en esta situación que se origina el programa “*Minha Casa Minha Vida*” cuyo objetivo es construir viviendas y, además, promover el mercado inmobiliario.

⁴⁶³ M. Vaquer Caballería, “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011, p.134.

⁴⁶⁴ M. Vaquer Caballería, “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011, p.134.

Considerando que o déficit habitacional urbano apurado em 2000 é de 5,5 milhões de domicílios e que, projetado para 2003, será de 5,9 milhões e de 12,45 milhões de domicílios em 2023, o equacionamento deste déficit em 20 anos significa a necessidade de 622 mil atendimentos ao ano. Estimando-se um custo médio de R\$ 20 mil por atendimento, os investimentos anuais são da ordem de R\$ 12,44 bilhões. É importante registrar que a concentração do déficit nas camadas de mais baixa renda obriga que parte expressiva deste investimento seja de caráter não oneroso.

Desde el punto de vista legislativo tenemos, además de la Constitución Federal, el “Estatuto da Cidade” define directrices e instrumentos que son utilizados por los ayuntamientos. La política de regularización está apoyada por las leyes federales, como la *Medida Provisória* 2220/0, de 2009, convertida en Ley “*Minha Casa Minha Vida*”, ley nº 11.977, de julio de 2009.

En el ámbito municipal tenemos el Plan Director cuya competencia es organizar la política urbana, orientar el desarrollo de la ciudad y establecer directrices de las políticas municipales. La regularización provoca un conjunto de beneficios a la población, tales como: seguridad de la posesión, acceso a servicios públicos, financiamientos habitacionales para mejorar los inmuebles ya existentes, integración de áreas a la ciudad, inclusión de los terrenos en un censo municipal y manutención de los espacios públicos. En términos generales los objetivos de la política son: reducción del déficit habitacional que promueve la integración y la colaboración de los tres niveles de gobierno; calidad ambiental urbana que prioriza las áreas de mayor vulnerabilidad; planificación y gestión territorial.

La política de regularización debe tener en cuenta las cuestiones de la planificación urbana, las áreas dirigidas a la construcción de viviendas sociales y la cuestión de la democratización del registro inmobiliario. La primera cuestión –la planificación urbana– se basa en una crítica hecha por Alfonsín y Fernandes, para estos autores en la regularización territorial urbana, practicada por el municipio, no está clara la relación del servicio público con el mercado inmobiliario puesto que, este último, como tiene fuerza política y económica,

domina el mercado de tal manera que controla los precios de los terrenos y crea nuevas formas de segregación socio espacial urbana.⁴⁶⁵

En este sentido, una actuación pública eficiente tiene que conducir el proceso, escuchar y negociar cuando sea necesario sin perder de vista lo que determina la legislación urbanística. Sobre este punto, una de las entrevistadas en el trabajo de campo de la investigación dice:

Creo que el derecho a la vivienda, esta política pública que se está pensando, como *‘minha casa minha vida’*, es mejor para los constructores y tal vez para mover la economía porque hay obra y si hay obra se mueve la ingeniería civil, los albañiles y entonces se generan puestos de trabajo, el aumento de renta por un tiempo y esto hace girar la economía, pero el derecho a la vivienda no es el objetivo.⁴⁶⁶

Para Alfonsin y Fernandes esto se debe a que, aunque el *“Estatuto da Cidade”* es el principio fundamental de la política urbana en la que el poder público está obligado a llevar a cabo las políticas públicas urbanas de reurbanización y urbanización de toda la ciudad, la planificación que se practica, en la mayoría de las ciudades, no consigue involucrar a la comunidad en la gestión urbana y, en consecuencia, en la valoración inmobiliaria generada por la propia acción de la administración pública que da prioridad a las obras y servicios en espacios particulares.

En este sentido, una cuestión que debe ser observada es que, según los mismos autores, *“desde a lei de perímetro até a lei de zoneamento, assim como todas as leis de uso e ocupação do solo, as regras urbanísticas estão na verdade distribuindo gratuitamente enormes valores fundiários e imobiliários aos proprietários, sem que esses tenham feito nada para valorização do seu patrimônio”*⁴⁶⁷. Esto nos lleva a pensar que la inversión pública, a pesar de las buenas intenciones, dirige la legislación urbanística de tal forma que excluye, casi

⁴⁶⁵ E. Fernandes; B. Alfonsin, “Coletânea de Legislação Urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária”, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

⁴⁶⁶ “Acho que esse direito à moradia, essa política pública que está sendo pensada, como a minha casa minha vida, é melhor para as construtoras e talvez para circular a economia, porque aí tem obra e se tem obra movimenta a engenharia civil, os pedreiros e então gere emprego, renda por um tempo e faça girar a economia, mas o direito à moradia não fica como centro” (M. Rios, 2016).

⁴⁶⁷ E. Fernandes; B. Alfonsin, “Coletânea de Legislação Urbanística: normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária”, Belo Horizonte, Fórum, 2010. p. 22.

siempre, del mercado inmobiliario las áreas en las que vive la mayor parte de la población de baja renta.

El segundo aspecto es la figura del municipio. Como regla general, es la acción del propio poder público, por el conjunto legislativo urbanístico, ambiental y de inversión en instalaciones y servicios públicos municipales, que determina el valor de un espacio físico en el mercado inmobiliario. Por esta razón, la opción del mercado en este sentido, es el control de la construcción legislativa y, por lo tanto, la acción del Estado es casi siempre sumisa al mercado inmobiliario. Es en este momento que se hace más importante haber elegido el principio de la eficiencia pública. Realidad que, en nuestra opinión, pone en peligro tanto la promoción y el cuidado con las políticas públicas de regularización territorial de las áreas donde se localizan los asentamientos irregulares consolidados.

El tercer y último aspecto se caracteriza por la crítica constructiva sobre la democratización del registro inmobiliario en dos aspectos. El esfuerzo desempeñado por la administración pública para simplificar, estandarizar y reducir el costo de los procedimientos de registro de la propiedad no ha sido capaz de acelerar el proceso de liquidación de las propiedades, de los documentos esenciales a las demandas judiciales en las acciones de usucapión, expropiación, entre otros. Este es un reto de suma importancia que debe ser enfrentado, que implica la manera de garantizar la vivienda en lo que se refiere al registro, aunque, en nuestro trabajo no profundizamos en el derecho a la propiedad, sino que pensamos en una vivienda para vivir y disfrutar, sin dejar de pensar en la legalidad de esta vivienda.

La política de desarrollo urbano tiene como una de las prioridades más importantes satisfacer las necesidades esenciales de la población de manera global y, como la población más pobre es la que está en su gran mayoría excluida del acceso, de la promoción y de la protección de los derechos básicos que garantizan la dignidad humana, la política pública tiene el reto de la inversión financiera y administrativa para garantizar la calidad de vida de esta población. De esta forma las funciones sociales de la ciudad estarían desarrollándose por completo y, como resultado, se reducirían las desigualdades sociales, se incrementaría la promoción de la justicia social y habría una mejor calidad de vida.

Es competencia municipal aplicar y cumplir las políticas habitacionales que tienen dos objetivos principales. El primero se refiere a las directrices de la política urbana y el segundo se refiere a la aplicación de la oferta de vivienda dirigida a las personas de baja renta, con infraestructura, urbanización, instalaciones comunitarias, programas habitacionales, instalaciones urbanas y regulación territorial urbana. Para Dallari:

*As zonas especiais de interesse social são aquelas onde as circunstâncias de fato autorizam ou determinam um tratamento diferenciado, mas simples, menos elitista, dos índices urbanísticos de maneira a assegurar o direito a moradia, inserido no artigo 6º da Constituição Federal, pela Emenda 26, de 14.2.2002. Não se trata de criar privilégios os economicamente fracos, nem lhes conferir menos garantias de salubridade e segurança, mas, sim, de aplicar o direito com razoabilidade, promovendo entre os diversos objetivos e valores constitucionais consagrados.*⁴⁶⁸

En este contexto, es importante recordar el requisito de la participación obligatoria de la sociedad, previsto en el párrafo único del artículo 1º, que combina con el artículo 29, inciso XII de la Constitución Federal, que garantiza el derecho a la participación directa de la sociedad en la construcción, promoción y protección de las normas que garantizan la política urbana. Así, la fiscalización de la acción pública en la aplicación de la política, tanto en el ámbito ejecutivo administrativo como en el ámbito legislativo, sólo tiende a mejorar porque la población que participa se convierte en corresponsable de los resultados.

En síntesis, la política nacional de regularización territorial urbana define los principios generales y crea programas de dotación pública dirigidos a los municipios para promover la política, contenido del punto siguiente.

6.3 Programas de regularización urbana: *Minha Casa Minha Vida*

A lo largo de las tres últimas décadas administradores y planificadores urbanos de diversas ciudades de América Latina, África y Asia han procurado, siempre con mucha dificultad, formular programas con el objetivo de promover políticas de regularización dirigidas a los asentamientos informales con el objetivo de urbanizar estas áreas y reconocer,

⁴⁶⁸ A. Abreu Dallari, “Instrumentos da Política Urbana”, in: A. Abreu Dallari; S. Ferraz (Coords.), *Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, São Paulo, Malheiros, 2010.

en alguna medida, el derecho de sus ocupantes. En Brasil, estos programas están implementados en diversos municipios, desde mediados de la década de los 80, y, sobre todo, a partir del comienzo de la década de 1990 abarca tanto a las favelas como, en menor escala, las parcelaciones clandestinas o irregulares, estos programas reciben una fuerza mayor con el “*Estatuto da Cidade*”, en 2001.

El programa *Minha Casa Minha Vida* esta normado en la ley nº 11.977 de 7 de julio de 2009. Su funcionamiento está condicionado a los acuerdos de la federación con los estados y los municipios que quieran acceder al programa. Así pues,

*O Governo Estadual ou Municipal assina o Termo de Adesão com a Caixa, que, a partir desse momento, passa a receber propostas de compra de terreno e produção ou requalificação de empreendimentos para análise. Após a análise, a Caixa contrata a operação e acompanha a execução das obras pela construtora. Vale lembrar que os Termos de Adesão já assinados têm validade até 30/04/2012, devendo para esses municípios ser promovida a repactuação das condições de participação no programa mediante a assinatura de um novo Termo de Adesão. [...] A indicação e seleção dos beneficiários é de responsabilidade do Poder Público e deve ser apresentada à Caixa em até oito meses contados da contratação do empreendimento, conforme critérios nacionais e adicionais de priorização, definidos na Portaria nº 412 do Ministério das Cidades de 06/08/2015.*⁴⁶⁹

En cuanto a los requisitos que deben ser cumplidos, la ley en su artículo 3º establece que:

Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos: I - comprovação de que o interessado integra família com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais); II - faixas de renda definidas pelo Poder Executivo federal para cada uma das modalidades de operações; III - prioridade de atendimento às famílias residentes em áreas de risco, insalubres, que tenham sido desabrigadas ou que perderam a moradia em razão de enchente, alagamento, transbordamento ou em decorrência de qualquer desastre natural do gênero; IV - prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e V - prioridade de atendimento às famílias de que façam parte pessoas com deficiência. § 1º Em áreas urbanas, os critérios de prioridade para atendimento devem contemplar também: I – a doação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de terrenos localizados em área urbana consolidada para implantação de empreendimentos vinculados ao programa; II – a implementação pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios de medidas de desoneração tributária, para as construções destinadas à habitação de interesse social; III – a implementação pelos Municípios dos instrumentos da Lei nº 10.257, voltados ao controle da retenção das áreas urbanas

⁴⁶⁹ Brasil, “Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009”, disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acceso el: 15 nov. 2016.

em ociosidade. [...] § 4º Além dos critérios estabelecidos no caput, os Estados, Municípios e Distrito Federal poderão fixar outros critérios de seleção de beneficiários do PMCMV, previamente aprovados pelos respectivos conselhos locais de habitação, quando existentes, e em conformidade com as respectivas políticas habitacionais e as regras estabelecidas pelo Poder Executivo federal. [...] § 6º Na atualização dos valores adotados como parâmetros de renda familiar estabelecidos nesta Lei deverão ser observados os seguintes critérios - quando o teto previsto no dispositivo for de R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais), o valor atualizado não poderá ultrapassar 10 (dez) salários mínimos; II - quando o teto previsto no dispositivo for de R\$ 2.790,00 (dois mil, setecentos e noventa reais), o valor atualizado não poderá ultrapassar 6 (seis) salários mínimos, III - quando o teto previsto no dispositivo for de R\$ 1.395,00 (mil, trezentos e noventa e cinco reais), o valor atualizado não poderá ultrapassar 3 (três) salários mínimo.

El objetivo principal de esta ley está determinado en su artículo 3º “[...] *subsidiar a aquisição de imóvel novo para os seguimentos populacionais de menor renda*”. Las adquisiciones a las que se refiere esta ley son las que la ley autoriza a la federación a subvencionarlas dentro del *Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU)*. De esa manera, el artículo 5º reglamenta las condiciones en las que las subvenciones van a ser concedidas. Así pues, se determina en el siguiente artículo:

Para a implantação de empreendimentos no âmbito do PNHU, deverão ser observados: I – localização do terreno na malha urbana ou em área de expansão que atenda aos requisitos estabelecidos pelo Poder Executivo federal, observado o respectivo plano diretor, quando existente; II – adequação ambiental do projeto; III – infraestrutura básica que inclua vias de acesso, iluminação pública e solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais e permita ligações domiciliares de abastecimento de água e energia elétrica; e IV – a existência ou compromisso do poder público local de instalação ou de ampliação dos equipamentos e serviços relacionados a educação, saúde, lazer e transporte público.

Los participantes obligatorios, en el ámbito federal, de los que habla la ley nº 11.977/2009 son básicamente tres: Caixa Económica Federal que tiene la responsabilidad financiera y, por lo tanto, tiene la obligación de definir los criterios generales y técnicos, además de, la contratación con todos los debidos actos operacionales necesarios para el PMCMV.

El Ministerio de las Ciudades tiene la responsabilidad de establecer directrices, reglas y condiciones para la operatividad del programa, así como, definir criterios de distribución de los recursos entre las unidades de la federación para que acompañen el desempeño y la evaluación del programa.

Por último, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Planeamiento, Presupuesto y Gestión, en conjunto con el Ministerio de las Ciudades, se ocupan de revisar anualmente los límites de renta familiar de los beneficiarios, así como, de determinar la remuneración de la Caixa Económica Federal por las actividades realizadas en el programa MCMV.

De esa maneira, los municipios pueden utilizar de esta inversión para mejorar su política de regularización territorial. Por lo tanto, la legitimidad de los programas es innegable y puede ser claramente justificada, sea por razones pragmáticas, sea por abarcar el conjunto de derechos fundamentales constitucionales.

Por lo tanto, en el ámbito global, la sugerencia ofrecida por muchos estudiosos, y con la que estamos totalmente de acuerdo, es que se puede pensar en una política pública permanente, a largo plazo, este es el espíritu del mandato constitucional que el “*Estatuto da Cidade*” regula. Una política urbana para la ciudad y no para los proyectos paliativos que, en la mayoría de los casos, vienen a salvar el mercado inmobiliario. La propia disposición del programa “*Minha Casa Minha Vida*” establece que uno de los objetivos de su aparición es salvar el mercado inmobiliario en crisis, en aquel momento de 2013. A continuación, la disposición afirma:

Se sabe que el programa *Minha Casa Minha Vida* fue creado para reducir el déficit habitacional, principalmente de la población de baja renta. Con este fin, una forma de incentivo fiscal se desarrolló para que las empresas constructoras pudieran ser estimuladas a invertir en el programa. Una forma de estímulo es un régimen fiscal especial que dispone como impuesto una tasa del uno por ciento.⁴⁷⁰

Por esta razón, el mayor desafío de la administración pública, en nuestra opinión, en este contexto es el de promover y proteger las políticas de urbanización territorial que involucran, en gran medida, cuestiones económica, financieras, políticas, socioambientales y,

⁴⁷⁰ “*Sabe-se que o Programa Minha Casa Minha Vida foi criado para reduzir o déficit habitacional, principalmente da população de baixa renda. Para tal, foi desenvolvida uma forma de estímulo tributário para que as pessoas jurídicas incorporadoras possam ser estimuladas a investir no programa. Uma das formas de estímulo é um regime especial tributário que prevê a incidência de uma alíquota de um por cento sobre a receita mensal recebida*” (Brasil, “Projeto de Medida Provisória que altera o § 7º do art. 4º da Lei nº 10.931”, disponible en: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Exm/EM-190-MF-552.doc>. Acceso el: 24 ene. 2017).

además, la gestión urbana, que requiere planificación y equilibrio de los intereses que están presentes en cada uno de estos temas y, por esta razón, la garantía de la participación efectiva de la comunidad parece ser el mayor reto de la administración pública local. Desafío que requiere la competencia y eficacia de la Administración Pública

El programa “*Minha Casa Minha Vida*” a pesar de todas sus deficiencias incorpora por primera vez a los más pobres en la política de financiamiento habitacional, al ampliar de forma significativa los subsidios públicos. Estos subsidios cubren prácticamente el 100% del valor de los inmuebles destinados a las personas de baja renta, incluso, a los que, históricamente, ya eran atendidas con recursos del FGTS. Lo que desde un punto de vista cuantitativo provoca un gran impacto en la política de regularización territorial, sin embargo, desde un punto de vista de la calidad de la vivienda y de la eficiencia de la acción pública en la ejecución de esta política, no cumple las expectativas.

Para Fernandes esta opción por programas en lugar de una política duradera no soluciona el problema del déficit habitacional que en 2009 llega a casi 8 millones de unidades. Lo que justifica la crítica del autor al indicar que los proyectos habitacionales creados por todos los gobiernos, como BNH, Cohabs y en 2009 “*Minha Casa Minha Vida*” no resuelven el problema de la vivienda. Los principales cambios introducidos por la Constitución de 1988 causan impacto a esta realidad cuando reconocen la vivienda como un derecho social fundamental y la función social de la ciudad en un nuevo orden urbanístico.

6.4 Programas de regularización urbana: *Vila Viva*

En el ámbito municipal de Belo Horizonte, la política de regularización está prevista en el Plan Director por la ley n° 7.165, de 27 de agosto de 1996 en sus artículos 1° y 2°.

O Plano Diretor do Município de Belo Horizonte o instrumento básico da política de desenvolvimento urbano - sob o aspecto físico, social, econômico e administrativo, objetivando o desenvolvimento sustentado do Município, tendo em vista as aspirações da coletividade - e de orientação da atuação do Poder Público e da iniciativa privada”. [...] A política de desenvolvimento urbano tem por objetivo o

*ordenamento do Município e o cumprimento das funções sociais da propriedade, assegurando o bem-estar dos munícipes.*⁴⁷¹

Este conjunto de reglas determina lo que puede y lo que no puede ser hecho en cada parte de la ciudad y debe ser elaborado, obligatoriamente, de forma participativa por los ayuntamientos en conjunto con los concejales y representantes de la sociedad, a través de consejos gestores que trazan las directrices del municipio en áreas básicas, por ejemplo, ocupación del suelo, vivienda, medio ambiente y prioridades de inversiones económicas y sociales. El Plan Director debe, por lo tanto, discutirse y ser aprobado por la Cámara Municipal y sancionado por el alcalde.

A partir de la construcción del Plan Director surgen los programas de regularización que no pueden ser disociados, de ninguna manera, de las Políticas Públicas, directrices, planeamiento y estrategia de la gestión urbana que dirigen el cambio del proceso del actual modelo de crecimiento urbano y tratan de disminuir la informalidad o la ilegalidad.

Si por un lado tenemos que ampliar el acceso del mercado formal dando oportunidad a la población de baja renta con ofertas de subsidio público, por otro lado, es preciso rever el proceso de acceso y protección de la vivienda social digna, de forma sistémica, en el conjunto de las políticas públicas. La política de regularización territorial aislada de otras políticas, por ejemplo, agua, saneamiento, salud pública, educación, seguridad, entre otras, está condenada a producir nuevas irregularidades, nuevos asentamientos irregulares.

Con relación a la política de la vivienda relacionada al régimen del suelo, Vaquer Caballería, al discurrir sobre la realidad española, señala: “El principal problema de la calificación del suelo para uso residencial protegido [...] es de carácter dogmático: se refiere a que la vivienda protegida no es, en propiedad, ni un uso del suelo materialmente diverso ni una tipología edificatoria necesariamente diferente de la vivienda libre”⁴⁷².

El mismo autor confirma que, aunque sea el contenido del urbanismo dirigido a “la ordenación de los usos del suelo, no es ni ha sido nunca una ordenación exclusivamente

⁴⁷¹ Disponible en: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/comunidade>>. Acceso el: 3 abr. 2017.

⁴⁷² M. Vaquer Caballería, “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011, p. 134.

física, ajena a los aspectos sociológicos, económicos o culturales [...]”⁴⁷³. En este sentido es que afirmamos, en este trabajo, que la calidad de la política pasa, necesariamente, por el reconocimiento de que el concepto de ciudad tiene el aspecto físico y el aspecto de conjunto de valores imprescindibles a la efectividad del derecho a la vivienda.

En este sentido una de las entrevistadas señala que la calidad del programa mejora porque hay una participación activa en todas sus fases: “participo do programa minha casa minha vida desde 2009 – cadastrada pelo Núcleo Habitacional Santa Isabel. Neste período participei de várias reuniões com a prefeitura, as quais eram lançadas em Ata e registradas em cartório”⁴⁷⁴. En este caso se trata de un programa municipal, “*Vila Viva*”, que cuenta con el presupuesto económico de “*Minha Casa Minha Vida*”, de ámbito federal.

La política habitacional de Belo Horizonte, formulada y reformulada con el objetivo de que la población de baja renta tenga acceso y protección a la vivienda social se hace a través del programa municipal *Vila Viva*. Este es un programa municipal de intervención urbanística, estructurante e integrado en vilas y favelas sus acciones alcanzan 12 locales de la ciudad: *Aglomerado da Serra, Aglomerado Morro das Pedras, Taquaril, Pedreira Prado Lopes, Vila São José, Vila Belém, Aglomerado São Tomás/Aeroporto, Aglomerado Várzea da Palma, Vila Califórnia, Vilas Cemig y Alto das Antenas, Alto Vera Cruz/Córrego Santa Terezinha, y Aglomerado Santa Lúcia*.

El órgano responsable de la coordinación y ejecución de *Vila Viva* es de competencia de la URBEL que también es responsable de los proyectos y las obras de urbanización de las vilas. Es un programa que, desde el punto de vista económico, se integra al Presupuesto Participativo municipal cuyo objetivo es dotar las demandas de las políticas públicas de las comunidades.

⁴⁷³ M. Vaquer Caballería, “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011, p.134.

⁴⁷⁴ M. Rios, Trabalho de campo. 2016: “Participo do programa minha casa minha vida desde 2009 – cadastrada pelo Núcleo Habitacional Santa Isabel. Neste período participei de várias reuniões com a prefeitura, as quais eram lançadas em Ata e registrada em cartório”.

Dentro de este programa tenemos el programa de regularización territorial urbana que consiste en la legalización urbanística y jurídica de las áreas de interés social ocupadas irregularmente a lo largo de décadas y también dos conjuntos habitacionales construidos por el ayuntamiento y, en este contexto, se encamina al reasentamiento a las familias retiradas de áreas de riesgo, de trechos de obras públicas o víctimas de catástrofe.

Lo que en un contexto de interdependencia de los derechos este es un programa importante ya que posee acciones dirigidas a la población retirada de áreas de riesgo, y, además, existe un mini programa que se llama *Bolsa Moradia* que es una alternativa encontrada para asegurar el inmediato reasentamiento, en una vivienda segura, de centenas de familias víctimas, por ejemplo, de temporales. Otro programa dentro de *Vila Viva* es el programa Plan de Regularización Urbanística (PRU) cuyo objetivo es regularizar terrenos irregulares, principalmente ocupados por la población de baja renta que precisan intervenciones estructurantes, aunque están localizados fuera de las áreas de ZEIS.

Por último, el municipio de Belo Horizonte cuenta con el control urbano que tiene la atribución de apoyar otros órganos del ayuntamiento en las acciones de fiscalizar las vilas, favelas y conjuntos habitacionales populares implantados por el poder público. Entre sus finalidades, están la sustentabilidad de las intervenciones y de las obras públicas realizadas en las comunidades; el control del adensamiento habitacional y de la ocupación de áreas públicas y colectivas; las acciones contra la reocupación de áreas de riesgo geológico o en áreas donde ya ocurrió la retirada para la realización de obras públicas; y el control de actividades económicas (comercial, industrial, de servicios o colectivas).

Para la producción de nuevas unidades habitacionales, en el ámbito municipal, con el objetivo de enfrentar el déficit habitacional cuantitativo otro eje de actuación municipal ocurre a través del programa “*Minha Casa Minha Vida*”.

Este ejemplo municipal aclara la idea defendida por esta tesis de que la política pública de regularización territorial urbana se hace a través de programas que si están bien articulados pueden mejorar la efectividad del derecho a la vivienda, no obstante, la mayor

parte de las veces acaban siendo programas con un nivel de fragmentación tan expresivo que producen más irregularidades. Es decir, en el proceso de intervención para la regularización no está clara la utilización combinada de estas iniciativas. Esta afirmativa se concreta en las entrevistas realizadas.

6.5 Instrumentos de regularización y legalización

Los instrumentos reconocidos en el “*Estatuto da Cidade*”, artículo 4º, incisos “g” y “h”, dirigidos a la regularización territorial de áreas ocupadas por la población de baja renta son, básicamente, tres. El primero se llama Usucapión Colectivo Urbano Coletivo, el segundo instrumento es la Concesión de Uso Especial para Vivienda (CUEM) y el terceiro Concesión del Derecho Real de Uso (CDRU).

El instrumento la usucapión colectiva está reglamentada por la Ley nº10.257/01, en su artículo 10 que trajo al ordenamiento jurídico soporte fáctico de prescripción adquisitiva. En este sentido, la usucapión colectiva está concebida para dar escalas a los números insuficientes de regularización. En efecto, la usucapión es el modo originario de adquisición de la propiedad que se hace, solamente, para cumplir las exigencias jurídicas.

Por tratarse de una adquisición originaria la propiedad pasa al patrimonio del adquirente en toda su plenitud, independientemente de cualquier relación anterior, no sufre limitaciones impuestas a los anteriores propietarios y genera en el plan registral la abertura de una nueva matrícula. La adquisición de la propiedad por la usucapión urbana coletiva no puede superar los 250 m², tiene que estar ocupada por población de baja renta, como mínimo durante 5 años sin interrupción, sin oposición, además, permite a lo largo de los cinco años que el poseedor pueda añadir la posesión de su antecesor, siempre y cuando sean continuas.

La Concesión de Uso Especial para Vivienda, antes de entrar en vigor la Ley 10.257, se encontraba en vigor la Medida Provisoria nº 2.220, de 4 de septiembre de 2001, con fuerza de ley, que, con ligeras modificaciones, vuelve a introducir el instrumento de la Concesión de Uso Especial, con el objetivo de promover la regularización territorial urbana en propiedades que pertenecen a la administración pública directa e indirecta. En mayo de 2007 entra en

vigor la ley 11.481, que añade a la ley 9.636, de 15 de mayo de 1998 el artículo 22 A, que se refiere a la Concesión de Uso Especial para la Vivienda. De esta manera, estos instrumentos representan el reconocimiento del poder público del derecho subjetivo de la población de baja renta, que vive en áreas públicas para obtener la declaración de dominio útil sobre el inmueble que ocupa.

La concesión del Derecho Real de Uso existía antes del “*Estatuto da Cidade*”, sin embargo, es con el “*Estatuto da Cidade*” que se logra un mayor impacto, por lo que es de suma importancia para la política pública de regularización territorial, así como del desarrollo de las funciones sociales determinadas por el mismo documento. A esta norma se añadieron, por la Ley 11.480/2007, los siguientes fines específicos para su uso: la regularización territorial urbana de interés social, el uso sostenible de los humedales, la preservación de las comunidades tradicionales y sus medios de vida.

Los dos últimos instrumentos son basados en el derecho de la persona mediante una determinada condición legal, invierte la lógica del régimen jurídico de los bienes públicos, da la posibilidad de otorga a todo aquel que ocupe un inmueble público para vivir durante cinco años, sin oposición, si no es propietario de otro inmueble, el derecho a la concesión de uso. En lo que se refiere a los requisitos para la concesión especial para vivienda de áreas públicas, este instrumento reproduce, básicamente, los requisitos para la usucapión.

La diferencia es que, en la concesión para vivienda, no hay transferencia de dominio. El área otorgada sigue siendo pública, pero se utiliza para vivienda. Cuando se proporciona la posibilidad de que una zona pública tenga otra asignación pública prioritaria, los beneficiados de la concesión especial tienen el derecho de ser reubicados. El mismo procedimiento se adopta en zonas de riesgo, inadecuadas para vivir.

Sin embargo, como criterio general, la aplicación de estos instrumento está sujeta, en conformidad con la Ley 8666/93, que también recibe una nueva redacción en las letras "g" y "h" del art.17 del “*Estatuto da Cidade*”, a una autorización legislativa, así como a una licitación si fuera necesario. No obstante, en el caso de que se trate de inmuebles para uso

comercial a nivel local con una superficie de hasta 250 m² (doscientos cincuenta metros cuadrados) e incluidos en los programas de regularización territorial urbana de interés social desarrollados por los órganos o entidades de la administración pública, este requisito no será necesario.

Raquel Rolnik hace la siguiente crítica a estos instrumentos: “*um conjunto de novos instrumentos de natureza urbanística voltados para induzir mais do que normatizar as formas de uso e ocupação do solo*”. Además, el poder público crea estrategias, como la participación de la sociedad, en las decisiones públicas sobre los destinos de la ciudad que incluyen la construcción y aplicación de nuevas alternativas de regularización de los asentamientos urbanos situados en la ambigua frontera de la ilegalidad con la legalidad. Es por eso que el “*Estatuto da Cidade*” define como prioridad la regularización de los asentamientos irregulares, denominados por la ley de consolidados, cuyo marco temporal se define el 31 de julio de 2001.

Para Rolnik los instrumentos de regularización del territorio urbano dejan claro lo que él llamo de: “*interação entre regulação urbana e a lógica de formação de preços no mercado imobiliário*”⁴⁷⁵. El estado enfrenta ese problema creando dispositivos que pueden cohibir la retención especulativa, por ejemplo, terrenos e instrumentos que consagran la separación entre el derecho de propiedad y el potencial constructivo de los terrenos atribuido por la legislación urbana. Decisión pública que importa en la aplicación del instrumento Impuesto Territorial Urbano (IPTU) progresivo, en el caso de las áreas vacías o infrautilizadas situadas en áreas dotadas de infraestructura, así como la obligación de la construcción y zonificación urbana, de acuerdo con la destinación prevista para la región por el Plan Director.

El uso del instrumento tributario IPTU progresivo como fuente de recaudación, en el contexto del “*Estatuto da Cidade*”, se une a otros instrumentos con el mismo fin, como son la concesión onerosa del derecho de construcción y la contribución de mejoras. La base jurídica para el uso del IPTU como instrumento de intervención urbanística está regulado por la

⁴⁷⁵ R. Rolnik, “Estatuto da cidade: novas perspectivas para a reforma urbana”, disponible en: <<http://www.polis.org.br/uploads/833/833.pdf>>. Acceso el: 20 ene. 2017.

Constitución Federal, artículo 182, párrafo 4º, que establece el carácter progresivo en el tiempo y, en el artículo 156, párrafo 1º que, a su vez, autoriza el carácter progresivo debido a la ubicación y el valor de la propiedad. Así que cuando en el “*Estatuto da Cidade*” está incluido este instrumento en el proceso de ordenamiento y regularización de la ciudad deja claro que es posible que se realice el derecho a la ciudad cuando se proporciona la fuente de ingresos para poder pagar esta regularización.

El “*Estatuto da Cidade*” establece, además, el entendimiento del Suelo Creado mediante la institucionalización del Derecho de Superficie y de la Concesión Onerosa del Derecho de Construcción lo que significa decir que el potencial de los diferentes terrenos urbanos debe ser diferente en función de la política urbana. Esas áreas están aquí entendidas como áreas que en términos de infraestructura instalada deben ser densas, áreas que no pueden ser intensamente ocupadas por presentar un alto potencial de riesgo de desmoronamiento o inundación.

Por último, el instrumento destinado a la regularización territorial urbana de los asentamientos irregulares consolidados se materializa en las Zonas Especiales de Interés Social (ZEIS). Estas son áreas de interés social, delimitadas en el territorio de una ciudad, que tienen como objetivo los asentamientos para vivienda de la población de baja renta.

El artículo 4º, inciso V del “*Estatuto da Cidade*” crea las ZEIS como un instrumento de regularización territorial urbana y reconoce que las ZEIS son una categoría específica de zonificación que permite la aplicación de normas especiales para el uso y ocupación del suelo para regularización y así transformarlas en áreas legales. Según Saule “*A ZEIS é uma zona urbana específica, que pode conter áreas públicas ou particulares ocupadas por população de baixa renda, onde há interesse público de promover a urbanização ou a regularização urbanística e jurídica, sendo utilizada para habitação de interesse social, para salvaguardar o direito à moradia*”⁴⁷⁶.

⁴⁷⁶ N. Saule Junior, “A proteção Jurídica da Moradia nos assentamentos irregulares”, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2004. p. 363.

Su disposición legal es la ley de zonificación municipal y debe estar prevista en el Plan Director. La delimitación de las áreas es de responsabilidad pública de acuerdo con la ley municipal de zonificación urbana. Puede que sean áreas ya ocupadas por asentamientos precarios o las demarcadas en terrenos vacíos. En el primer caso, el objetivo es flexibilizar las normas y modelos urbanísticos para que, a través de un plan específico de urbanización, se regularice el asentamiento. En el caso de los terrenos vacíos el objetivo principal es aumentar la oferta de terrenos para vivienda de interés social y reducir el coste.

El uso de estos instrumentos por parte del poder público consiste en la construcción de las políticas públicas de regularización territorial urbana. En este sentido, Bucci define la política pública como un programa estatal destinado a regular el proceso de la acción administrativa que tiene como objetivo coordinar los recursos disponibles del Estado en sus actividades encaminadas a la realización de la política. Así, para el autor:

*[...] Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.*⁴⁷⁷

Este concepto, a nuestro juicio, puede ayudar en la organización y administración de las políticas públicas de regularización territorial urbana de los asentamientos irregulares consolidados para que se garantice el derecho a la ciudad y el derecho social fundamental a la vivienda.

Claro está que tienen que involucrarse la administración pública, el sector privado y la participación de la sociedad en un proceso de responsabilidad compartida con el fin de satisfacer las necesidades de infraestructura y servicios públicos de la ciudad en su conjunto, asimismo, mejorar el transporte público, reorganizar, recuperar y revitalizar los centros urbanos, crear distritos industriales, construir viviendas para la población de baja renta y

⁴⁷⁷ M. Paula Dallari Bucci, “O conceito de políticas públicas em direito”, in: M. Paula Dallari Bucci (Org.) “Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico”, São Paulo, Saraiva, 2006. p. 39.

regularizar los asentamientos irregulares consolidados para encontrar un equilibrio urbano y una ciudad más inclusiva.

6.6 La legalización de la posesión y de la propiedad

Brasil hasta el surgimiento del “*Estatuto da Cidade*” combinaba la política de urbanización con la política de legalización de áreas y terrenos individuales, esto nos da la seguridad de que este proceso trajo alguna forma de seguridad jurídica para los ocupantes de las *favelas*, así como la integración socioespacial de estas *favelas* en un contexto más amplio de la estructura de la sociedad urbana. Desde el punto de vista evaluativo de estas iniciativas podemos decir, en una síntesis personal, que el instrumento de parcelación municipal permitió redefinir en parte la dinámica del mercado inmobiliario y así garantizar espacios en el territorio urbano para las familias de baja renta. Asimismo, a partir de la experiencia de Belo Horizonte, podemos afirmar que la naturaleza del derecho reconocido a los ocupantes seguía el carácter de transferencia de dominio de forma individual.

Podemos decir que, en este contexto, en el caso de las favelas su aplicación se hace casi imposible porque la dinámica, la alta movilidad y la naturaleza colectiva del fenómeno de la favelización no se encaja en los requisitos técnicos e individualistas de la legislación civil, sin contar que la usucapión no puede ser aplicada a los casos de ocupación de tierras públicas.

Lo que nos permite concluir que antes de la Constitución de 1988 a lo largo del proceso de urbanización, el Poder Público, en todas las esferas gubernamentales, poseía una baja condición jurídica para controlar el proceso de uso, ocupación y parcelación del suelo urbano, sea por imposición legal de restricción al derecho de la propiedad o, en menor escala, por la materialización de la función social de la propiedad, ya introducida en el ordenamiento jurídico brasileño por la Constitución de 1934.

En este contexto, la política urbana sufre un proceso de baja efectividad, no sólo en los aspectos cuantitativos, sino también en los aspectos cualitativos y, en el aspecto cualitativo tenemos la percepción de que, para vencer la ineffectividad del derecho a la

vivienda social digna, tenemos que enfrentar el problema del poder del mercado bajo la mirada de los poderes y de la propia población. López Ramón, al analizar el contexto europeo, afirma que:

La mejora de la calidad de la vivienda supone un doble esfuerzo cualitativo. La calidad de vida resulta a la vez de la construcción de casas cada vez más adecuadas en términos de confort y la inserción de esas viviendas en un marco urbano que presente garantías de una cohesión social mejorada.⁴⁷⁸

Ante esta situación varios municipios trataban de encontrar formas en esta legislación para solucionar el crecimiento rápido y absurdo de los asentamientos irregulares urbanos. Un ejemplo de este esfuerzo municipal es el caso de Belo Horizonte con la ley de parcelación, Ley ordinaria nº2662, de 1976 y del Programa “*Pró Favela*”, Ley nº3532, del 6 de enero de 1983, esto significó que Belo Horizonte fue considerada la primera ciudad que creó un programa de urbanización.

A partir de 2009, el aspecto registral de la regularización territorial urbana está reglamentado por la ley 11.997 de 2009 que determina que el requerimiento de registro se deberá hacer directamente en la notaría y lo podrá hacer el propio legitimado amparado en el artículo 50 de la misma ley. El poder público asume la responsabilidad de la glosa del respectivo registro.

De esta manera, la ley de 2009 con el objetivo de adecuar la nueva realidad resume de forma clara el proceso de registro de la propiedad cuyo objetivo es ampliar el acceso a la tierra urbanizada por la población de baja renta y así conceder, de esta manera, derechos reales a los beneficiados de programas habitacionales que garantizan el derecho social a la vivienda digna, a las condiciones de vida adecuadas y que, además, procede al plan de ordenamiento y desarrollo de las funciones sociales de la ciudad.

Asimismo, desde el punto de vista de la importancia de la regularización, es evidente que las experiencias de legalización, básicamente, siguen siendo las de utilizar la opción de

⁴⁷⁸ F. López Ramón (Coord.), “Construyendo el derecho a la vivienda”, Madrid, Marcial Pons, 2011. p. 29.

transferencia de títulos individuales. Lo que, a nuestro juicio, dificulta el aspecto de la protección puesto que deja sin características el trabajo efectuado por el poder público. En lo que se refiere a la concesión del derecho real de uso, a pesar de todas las dificultades que puedan existir, da la posibilidad de ejercer un control mayor del poder público y de las comunidades sobre las transferencias de los títulos de los beneficiados originales y, así, dificulta incluso que el mercado inmobiliario privado se apodere de la inversión pública.

La legitimación territorial urbana constituye la forma originaria de la adquisición del derecho real de la propiedad, conferido por el acto discrecional del Poder Público al que retenga área pública o posea área privada, como suya, y que esta área forme parte del núcleo urbano informal consolidado. En la legitimación territorial urbana el beneficiario adquiere la unidad inmobiliaria debidamente regularizada libre de cualquier carga, derechos reales, gravamen o inscripciones, eventualmente existentes en su registro original.

La política de regularización, a partir de 2009, pasa a ser articulada con la política del registro inmobiliario. Sin embargo, observamos la realidad política de la urbanización y de la prestación de servicios de Belo Horizonte y a pesar del esfuerzo de la administración pública es evidente que estas políticas todavía no están directamente relacionadas con la política de legalización que tiende a ser implementada en áreas ya consolidadas en términos urbanísticos y sociopolíticos.

Por esta razón, es que, a nuestro juicio, la articulación entre la política de legalización, las reglas urbanísticas de orientación social y las estrategias de gestión precisan estar juntas para garantizar el acceso a la protección de la vivienda. El problema es que el pacto sociopolítico firmado, tanto en el ámbito del “*Estatuto da Cidade*” como en el ámbito local, tiene en su esencia la inseguridad de que estos programas continúen, ya que se trata de programas de gobierno y cuando hay un cambio de gobierno los programas de legalización y servicio son los primeros que sufren cambios.

En lo que se refiere a la legalización territorial, estos programas precisan tener como objetivo no sólo el reconocimiento de la seguridad individual de posesión, sino la integración

socioespacial de los asentamientos informales. Lo que significa decir que el reconocimiento del derecho a la vivienda del ocupante debe reflejar este objetivo principal que es la integración de los asentamientos y, además, no es posible pensar la regularización separada del proceso de utilización del suelo urbano como un todo.

En este sentido, Vaquer Caballería nos ayuda al informarnos que: “[...] la mejor política de vivienda es una buena política de suelo”⁴⁷⁹. Lo que requiere pensar, dentro de esta realidad, en la política como acceso y protección y, seguidamente, en los programas gubernamentales dirigidos a su efectividad.

Desde el punto de vista operacional de la actividad administrativa, antes de conceder el título, el ayuntamiento hace un estudio de las condiciones urbanísticas de la ocupación. La razón es que el programa de regularización prevé que no se den títulos definitivos en las situaciones en las que se va a necesitar una intervención futura para mejorar las condiciones de habitación, cuando esto ocurre, estas áreas quedan reservadas para una futura intervención del ayuntamiento para mejoras.

La regularización puede hacerse a través de un pedido al ayuntamiento, aunque este pedido no es obligatorio. Los criterios básicos para la titulación son: el título puede salir a nombre de una o dos personas censadas en el inmueble; por ley municipal; el título debe salir preferencialmente a nombre de la mujer; el titular debe tener más de 18 años.

El plan de regularización es un estudio sobre las condiciones urbanísticas del área que incluye un análisis de riesgo, red de agua, alcantarillado, drenaje, energía eléctrica y sistema viario existente. El objetivo de este estudio es definir las áreas que pueden ser tituladas y las que pueden ser reservadas para una futura intervención del ayuntamiento para mejorar las condiciones de vivienda de la comunidad, esta es una etapa del plan de urbanización; algunas áreas no precisan este plan, ya que están totalmente urbanizadas. Los habitantes de las áreas reservadas no reciben el título definitivo, sino que reciben una

⁴⁷⁹ M. Vaquer Caballería, “La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011. p. 130.

declaración en la que dice que cumplen los requisitos para la concesión de uso especial para vivienda y esta declaración es una garantía para el ocupante en una posible futura intervención del ayuntamiento.

A partir de estas etapas tenemos la regularización administrativa cuyo objetivo es integrar las áreas regularizadas a las rutinas de la ciudad, lo que posibilita que los habitantes de las áreas públicas tengan las mismas condiciones de acceso a los servicios públicos y de ciudadanía que todos los habitantes de la ciudad. El registro se hace en la notaría de registro de inmuebles que constituye la abertura de la matrícula del área pública y el registro de los títulos por los habitantes en las matrículas de los terrenos.

La matrícula contiene la descripción exacta del terreno, el nombre del propietario del área y permite la anotación de todas las transacciones y modificaciones referentes al inmueble matriculado, por ejemplo, transferencia del titular, modificación del nombre de la calle. El registro del título en la matrícula es una anotación en la que el ayuntamiento, propietario del área, concede el terreno al ocupante.

La matrícula de los terrenos sólo se abre después del registro del área pública, este proceso puede tardar bastante —el registro de los títulos en la notaría de inmuebles sólo es posible después de la abertura de la matrícula de los terrenos;— el ayuntamiento avisará a las comunidades cuando la matrícula haya sido abierta y orientará a los habitantes sobre los procedimientos para que hagan el registro de los títulos en la notaría de inmuebles en el que su terreno haya sido matriculado.

Después de realizarse la titulación, los habitantes tienen los siguientes derechos sobre el inmueble: transferir el título a terceros; dejar el inmueble en herencia; promover mejoras en el inmueble, respetando los límites de los terrenos regularizados, los accesos y las condiciones de ventilación e insolación de los inmuebles vecinos; participar de las discusiones para la definición de reglas de convivencia y de futuras propuestas para las mejorías urbanísticas y de infraestructura del área; obtener financiamientos para reformar el inmueble.

En lo referente a los deberes sobre el inmueble, el propietario del título tiene los siguientes: mantener el uso del inmueble, respetar la situación en la que fue regularizada (residencia, comercio, servicio o institución); no ceder o alquilar el inmueble regularizado; no permitir que terceros se apropien del inmueble; respetar los límites de los terrenos regularizados; velar por la conservación del área y de sus espacios públicos. Por último, los títulos de concesión y de autorización de uso pueden ser transferidos en el caso de muerte del titular o para terceros, en vida.

Dentro del conjunto de principios que fundamenta el servicio registral los principios de la legalidad y de la legitimación registral son los más importantes porque exigen que sólo tengan acceso registral los títulos previstos en el artículo 252 de la Ley federal n° 6015/73 de Registros Públicos, esta ley fue actualizada por la Ley n° 10.931/04 que proclama la validez de los actos de registro.

Las ciudades dependen, para transformarse en ciudades legales con un menor desnivel social, de la efectividad y de la implementación de un programa de regularización destinado a la urbanización y titulación patrimonial que exige disposición política en la ejecución de programas y vectores indicados por la legislación urbanística.

Todo el sistema registral brasileño pasa por un largo proceso de renovación basado en la experiencia positiva de España que tiene un sistema registral que, por su organización general, ayuda y controla el proceso de regularización urbana.

Por último, con relación a la transferencia del título de legitimación de posesión su titular puede ceder sus derechos posesorios, el adquirente debe solicitar el registro de la transferencia en la notaría de registro de inmuebles para los propósitos de conversión de la legitimación de posesión en propiedad o, eventualmente, en el caso de áreas públicas, en concesión de uso especial para los propósitos de vivienda, siempre y cuando sean atendidos los requisitos de la ley 11997 de 2009.

Otorgado el título a través de las formas previstas por la ley, la usucapión, derecho real de uso o concesión de uso para los propósitos de vivienda, nos enfrentamos a otro problema fundamental que es la disposición del bien objeto de la regularización de la propiedad. El problema recurrente en los programas públicos de viviendas sociales es la alienación de los inmuebles por los ciudadanos favorecidos, lo que genera un eterno déficit de este tipo de vivienda, una vez que los alienantes vuelven a la *condición de sin techumbre*, como se suele designarles. A la vez, esta práctica también conlleva a la ofensa los principios de legalidad y de igualdad, puesto que los que adquieren tales inmuebles no se someten a los requisitos establecidos por la legislación atinente a los programas de viviendas sociales.

A lo largo del tiempo, esta situación ha corrompido los propósitos de los programas habitacionales de una tal forma que el ordenamiento jurídico se ha ocupado de establecer mecanismos para impedirla, pero sin mucho éxito. Por lo general, los contratos de donación o de alienación a precio módico de inmuebles públicos consignan clausula impositiva de la alienación del inmueble por un dado plazo de tiempo.

Esta práctica ha sido adoptada, por ejemplo, en los programas públicos que utilizaban recursos del extinto Banco Nacional de Habitación – BNH (institución que actuó como eje de la Política Nacional de Habitación por largos años), que eran gestionados por las “*Companhias de Habitação*” creadas por los estados miembros de la Federación. Solía establecerse en el contrato un plazo dentro del cual el beneficiario del inmueble público estaba impedido de alienarlo bajo cualquier pretexto, so pena de rescisión contractual.

Tal impedimento ha sido repetido en los contratos de los agentes financieros que sucedieron dicho banco y mantenido en los contratos gestionados por la “*Caixa Econômica Federal*”, principal órgano gestor de las políticas federales de habitación social por largo período, función que hoy es propia del Ministerio de la Ciudad, legándose a aquella la función de operadora del sistema. Es ejemplo de ello la política pública de la que resulta el “Contrato de Arrendamiento con Opción de Compra”, regido por la Ley nº 10.188 de 12 de febrero de

2001. El artículo 8º determina que el contrato de arrendamiento prevea expresamente una clausula impeditiva de alienación del inmueble por el plazo de diez años.⁴⁸⁰

Cumpliendo esta determinación legal, la cláusula nº19 de los mencionados contratos de arrendamiento, disposición con naturaleza jurídica de clausula resolutive expresa, prevé la alienación a terceros (cesión de derechos, transmisión a cualquier título) como causa de rescisión unilateral⁴⁸¹. Tal disposición ha sido contestada judicialmente innúmeras veces, el Superior Tribunal de Justicia – STJ, corte responsable por la uniformización del derecho federal, firmó entendimiento en el sentido de que la medida atiende al principio de la legalidad, además de prestigiar los principios y la finalidad del programa público de vivienda social. Merece la pena transcribir parte de la sentencia en la cual se ponderan los objetivos legales:

(...) se por um lado o legislador facilitou o acesso à moradia, de outro impôs condições para viabilizar tal fim, dentre as quais a adoção de um rito célere de retomada do imóvel e a impossibilidade de transferência ou cessão do uso do imóvel para terceiros, mesmo após a aquisição do bem. Essas exigências, além de propiciarem a viabilidade do PAR - observando-se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de forma a permitir a continuidade do programa - também visam coibir o arrendamento do imóvel para moradia de pessoa diversa do

⁴⁸⁰ “Art. 8º O contrato de aquisição de imóveis pelo arrendador, as cessões de posse e as promessas de cessão, bem como o contrato de transferência do direito de propriedade ou do domínio útil ao arrendatário, serão celebrados por instrumento particular com força de escritura pública e registrados em Cartório de Registro de Imóveis competente.

§1º O contrato de compra e venda referente ao imóvel objeto de arrendamento residencial que vier a ser alienado na forma do inciso II do § 7º do art. 2º desta Lei, ainda que o pagamento integral seja feito à vista, contemplará cláusula impeditiva de o adquirente, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, vender, prometer vender ou ceder seus direitos sobre o imóvel alienado.

§ 2º O prazo a que se refere o § 1º deste artigo poderá, excepcionalmente, ser reduzido conforme critério a ser definido pelo Ministério das Cidades, nos casos de arrendamento com período superior à metade do prazo final regulamentado”.

⁴⁸¹ CLÁUSULA DÉCIMA NONA - DA RESCISÃO DO CONTRATO - Independentemente de qualquer aviso ou interpelação, este contrato considerar-se-á rescindido nos casos abaixo mencionados, gerando, para os ARRENDATÁRIOS, a obrigação de pagar as taxas de arrendamento vencidas atualizadas na forma deste contrato, bem como a quitação das demais obrigações contratuais, sob pena de execução da dívida assim apurada, e de devolver, incontinenti, o imóvel arrendado à ARRENDADORA, sem qualquer direito de retenção ou indenização por benfeitorias, configurando a não devolução, esbulho possessório que enseja a adoção das medidas judiciais cabíveis e multa fixada no inciso II da Cláusula Vigésima deste instrumento.

I – (...)

II – (...)

III - transferência/cessão de direitos decorrentes deste contrato;

IV – (...);

V – (...).

beneficiado pelo programa e a mercancia imobiliária que configuram verdadeira burla ao sistema de habitação popular.⁴⁸²

Esta misma prohibición ha sido igualmente prevista en diversas legislaciones específicas de los distintos programas sociales estatales. De hecho, la jurisprudencia de los tribunales de apelación⁴⁸³ estatales es prodiga de ejemplos de demandas en que beneficiarios de programas de vivienda social contestan las cláusulas que impiden la alienación a terceros. Vale destacar la decisión del juzgado en que se litiga sobre el contrato basado en la Ley del Estado de Amazonas:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – PROGRAMA HABITACIONAL – CONCESSÃO DE MORADIA – TRANSFERÊNCIA DA POSSE PARA TERCEIRO – IMPOSSIBILIDADE.

– Permitir a comercialização de imóvel cujo uso foi concedido pela SUHAB na execução de programa habitacional implica necessariamente a total deturpação do fim a que ele se destina. Sofrem flagrante prejuízo imediato quem aguarda na fila e, de forma mediata, toda a sociedade do Amazonas que, indiretamente, disponibiliza os recursos financeiros para o programa.

– RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁴⁸⁴

También la legislación del Distrito Federal (Ley n° 3877 de 26 de junio de 2006) ha generado demandas judiciales, las cuales están siendo resueltas reiteradamente de la siguiente manera por el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios:

⁴⁸² Es ejemplo de ello la sentencia dictada en Recurso Especial n° 1.385.292/SC que desestimó recurso interpuesto de sentencia dictada por una corte de apelación del Estado de Santa Catarina, que consideró legal cláusula contractual impeditiva de transmisión a cualquier título de inmueble integrante de programa de vivienda social. El extracto de tal sentencia está así redactado:

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL- PAR. LEI Nº 10.188/2001. REINTEGRAÇÃO DE POSSE E RESCISÃO DO CONTRATO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA. CESSÃO OU TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS DECORRENTES DO CONTRATO. VALIDADE.

1.Cuida-se de ação de reintegração de posse ajuizada pela Caixa Econômica Federal-CEF objetivando a retomada de imóvel arrendado pelas regras do Programa de Arrendamento Residencial - PAR em virtude da alienação do imóvel a terceiros.

2.Cinge-se a controvérsia a examinar a validade da cláusula que determina a rescisão do contrato de arrendamento residencial no âmbito do Programa de Arrendamento Residencial - PAR na hipótese de cessão ou transferência de direitos decorrentes da pactuação.

3.São legais as cláusulas que estabelecem a resolução contratual na hipótese de transferência ou cessão de direitos decorrentes do contrato de arrendamento residencial no âmbito do PAR, pois encontram amparo na legislação específica que regula a matéria (Lei nº 10.188/2001), bem como se alinham aos princípios e à finalidade que dela se extraem.

4. Recurso especial não provido. (REsp 1385292/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 28/10/2014)

⁴⁸³ El recurso de apelación cabe de sentencia dictada por el primero grado de jurisdicción.

⁴⁸⁴ Recurso de apelación n° 0714930-74.2012.8.04.0001, Tribunal de Justicia de Amazonas, sala de la Tercera Cámara Civil, DJe 01/06/2015.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO JUDICIAL. IMÓVEL. PROGRAMA HABITACIONAL DE INTERESSE SOCIAL. CONCESSÃO DE USO. COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO HABITACIONAL DO DISTRITO FEDERAL - CODHAB. TRANSFERÊNCIA DA POSSE. NECESSIDADE DE PRÉVIA ANUÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. CARÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO FEITO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A Lei Distrital 3.877/2006, que regulamenta a política habitacional do Distrito Federal, preconiza que os contemplados com imóvel em programas habitacionais de interesse social do Poder Público adquirem, em um primeiro momento, apenas a posse do imóvel, em caráter precário (autorização, permissão de uso, concessão de uso, concessão especial de uso ou concessão de direito real de uso).

2. Somente após decorridos dez anos da concessão, permissão ou autorização de uso do imóvel oriundo de programa habitacional social é que haverá a transferência do domínio, conforme dispositivo expresso acerca da matéria, constante da Lei Orgânica do Distrito Federal (art. 329, III, LODF)

3. Enquanto não houver a transferência do domínio do Poder Público para o beneficiário, é vedado a este transferir a terceiros a posse do bem, salvo se tiver sido previamente autorizado pelo Poder Executivo, consoante dispõe a Lei 3.877/2006 e o Decreto Distrital 29.072/2008 que a regulamenta.

4. A existência de dispositivo legal vedando a transferência da posse dos imóveis concedidos em programas habitacionais de interesse social do governo torna juridicamente impossível o pleito de autorização judicial para a comercialização do bem concedido. Assim, ausente uma das condições da ação deve o feito ser extinto sem exame do mérito.

5. Apelação conhecida e não provida.⁴⁸⁵

El programa habitacional federal conocido como “*Minha Casa, Minha Vida*”, basado en la Ley Federal nº 11.977 de 07 de julio de 2009, también prohíbe la utilización del inmueble fuera de las condiciones previstas en el contrato, o sea, en desacuerdo con la finalidad social que le sirve de fundamento y por quienes no hayan participado del negocio jurídico que le dio causa. En efecto, el artículo 7 establece que:

Art. 7º Em casos de utilização dos recursos de que tratam os incisos I, II e III do art. 2º em finalidade diversa da definida nesta Lei, ou em desconformidade ao disposto nos arts. 6º, 6ºA e 6ºB, será exigida a devolução ao erário do valor da subvenção concedida, acrescido de juros e atualização monetária, com base na remuneração dos recursos que serviram de lastro à sua concessão, sem prejuízo das penalidades previstas em lei.

Asimismo, dicha Ley determina en el artículo 7 el vencimiento anticipado de todas las parcelas de la deuda contraída por el beneficiario, como forma de sanción por la desviación privada de la finalidad del programa social.

⁴⁸⁵ Vid. Sentencia nº 845714, recurso de apelación 20140910083629, Sala de la Primera Turma Cível, DJE: 04/02/2015.

En cumplimiento a tales disposiciones, los contratos fundamentados en el “*Programa Minha Casa, Minha Vida*” y subvencionados con recursos del Fondo de Arrendamiento Residencial – FAR, llamados “*Contrato por Instrumento Particular de Venda e Compra Direta de Imóvel Residencial com Parcelamento e Alienação Fiduciária*”, estipulan en su cláusula primera que

O imóvel objeto do presente contrato é destinado à moradia própria do contratante e de sua família, sendo certo que o desvio desta finalidade importará no vencimento antecipado da dívida.

La jurisprudencia ha considerado, reiteradamente, nulas cesiones de derecho entre beneficiarios de dicho programa habitacional y terceros, véase el ejemplo de la sentencia del tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. CEF. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INCIDÊNCIA DO ART. 927 DO CPC. REQUISITOS PREENCHIDOS. RESCISÃO DO CONTRATO. CLÁUSULA EXPRESSA. INSCRIÇÃO NO PROGRAMA. NÃO CONFIGURAÇÃO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.

1. Hipótese onde a autora preencheu todos os requisitos para que haja a reintegração de posse.

2. Tratando-se de imóvel adquirido com recursos do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV), a transferência a terceiros que não passaram pelo crivo de admissão ao programa dá ensejo à rescisão do contrato. Além disso, no caso do contrato firmado com os requeridos há cláusula expressa prevendo a rescisão na hipótese de transferência irregular do imóvel.

3. Embora os apelantes defendam que os atuais ocupantes preencheriam os requisitos necessários à inclusão no Programa Minha Casa Minha Vida, vale ressaltar que a baixa renda não se mostra suficiente para justificar a transferência contratual, ainda mais porque não há nenhuma prova de que os aludidos réus tenham se inscrito junto ao PMCMV e tampouco pleiteado a regularização da cessão de direitos na esfera administrativa.

4. Quanto à função social dos contratos, destaca-se o art. 421 do CC, que prevê que a ‘a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato’. Além disso, o parágrafo único do art. 2.035 do CC estabelece que ‘nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos’.

5. Apelação improvida.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Vid. Recurso de apelación civil nº 5011677-27.2014.404.7202, Tribunal Regional Federal de la Cuarta Región, sala de la Terceira Turma, DJe 09/10/2015.

En el ámbito del Programa “*Minha Casa, Minha Vida*”, el principal efecto de la transmisión a terceros del inmueble objeto del contrato es la rescisión inmediata y, por ende, la consolidación de la propiedad en nombre de la Caixa Econômica Federal.

Finalmente, merece la pena destacar que la Ley n° 10.150 de 21 de diciembre de 2000 ha creado el “*Cadastro Nacional de Mutuarios*”, mecanismo en el cual deben constar informaciones de todos los beneficiarios de programas de viviendas sociales gestionados por los Poderes Públicos y que permite un mínimo control sobre quienes ya no pueden participar de un nuevo programa de la misma naturaleza. Confiérase lo que dispone el artículo 5° de dicha Ley:

Art. 5° As instituições do SFH e as instituições credoras do FCVS, com créditos oriundos de contratos de financiamentos imobiliários ativos e inativos, independentemente da adesão a que se refere o § 7o do art. 1o desta Lei, deverão encaminhar, até 31 de dezembro de 1996, as informações necessárias para a constituição do CADMUT, conforme disposto no § 3° do art. 3o da Lei no 8.100, de 1990, na redação dada por esta Lei.

§ 1° As informações correspondentes aos contratos de financiamentos imobiliários com recursos do SFH, firmados a partir do exercício de 1997, deverão ser encaminhadas mensalmente ao CADMUT.

§ 2° O não-cumprimento do disposto neste artigo importará, para as operações não cadastradas no CADMUT, a perda da prioridade quanto à responsabilização do FCVS.

Por todo lo expuesto está claro que si por un lado tenemos el esfuerzo legislativo y jurisprudencial de dar efectividad a los términos constitucionales del derecho social a la vivienda y añadido a ello el esfuerzo administrativo para la viabilidad de la regularización plena de la vivienda, por otro lado, tenemos una notable desvirtuación del esfuerzo público caracterizada por la práctica de alienación por parte de los beneficiarios del programa de regularización que muchas veces vuelven a formar parte de nuevos asentamientos irregulares. Basados en esta realidad queremos sugerir la inclusión del prerequisite, en el propio título, de prohibir la alienación en el plazo de 30 años cuyo objetivo es asegurar la permanencia del trabajo hecho y, al mismo tiempo, impedir que los beneficiados vuelvan a constituir nuevos asentamientos.

En este sentido, la política de registro inmobiliario, aunque esté intercalada de problemas surgidos de una legislación antigua de carácter eminentemente individualista y con

muchos problemas en torno al control de registros, el estado ha tratado de optimizar esta cuestión escogiendo notarías para tratar la regularización de las ocupaciones irregulares a través de los instrumentos específicos. Es una iniciativa incipiente que ha mostrado resultados importantes.

En síntesis, en este capítulo tratamos, en primer lugar, del sistema de protección de la vivienda social en los niveles internos y externos y, seguidamente, tratamos de la política de regularización y de los instrumentos jurídicos disponibles a la legación de la posesión. El estudio que se ha hecho en este capítulo nos autoriza a afirmar que la seguridad jurídica de la regularización, en lo que se refiere a la protección del trabajo del estado es frágil puesto que en el momento en el que tenemos la autorización legal de la transferencia del título legalizado hay una posibilidad latente de que se desvirtúe el programa, aunque claro está el compromiso del estado en la garantía de una política pública de regularización y registro.

El capítulo siguiente se dedica a un análisis de la efectividad de la política de regularización fundada en los principios que orientan esta investigación, la dignidad humana, la eficiencia pública y la participación de la sociedad y, en este sentido, el texto retoma la hipótesis de la investigación en el sentido de verificar en qué medida la respuesta al problema propuesto se concreta o no en la línea de investigación que recorrimos.

7 EFECTIVIDAD DE LA POLÍTICA DE REGULARIZACIÓN TERRITORIAL

7.1 Dignidad, eficiencia y participación de la sociedad

El principio de la dignidad humana se encuentra en la centralidad del texto constitucional y tiene el carácter con el que se justifica que Brasil es un Estado Democrático de Derecho. José Afonso da Silva resume el pensamiento de la doctrina brasileña, sobre la base de los principios constitucionales, basados en la interpretación de Gomes Canotilho y Vital Moreira, para quien los *“princípios fundamentais visam essencialmente a definir e caracterizar a coletividade política e o Estado e enumerar as principais opções político-constitucionais”*, e nesse sentido, continua o autor, *“[...] observam que os artigos que os consagram constitui por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que àquelas podem ser diretamente ou indiretamente reconduzidas”*⁴⁸⁷.

Silva divide los principios fundamentales constitucionales en bloques, es decir, el artículo 1º se refiere a los principios que rigen la existencia, la forma del Estado y la forma de gobierno –la democracia, la participación popular directa; el artículo 2º se refiere a los principios relativos a la organización de los poderes; los artículos 3º y 4º se ocupan de los principios de la convivencia, la solidaridad, la organización social libre, la vida política, la ciudadanía y la dignidad humana, el pluralismo y la prestación positiva del Estado, el desarrollo, la justicia social, la no discriminación.

Es evidente que el derecho a la vivienda de interés social se basa, desde el punto de vista de su contenido, en el principio de la dignidad humana para que se realice la justicia social y la inclusión social de todas las personas. El acceso y la protección se basan, claramente, en el reconocimiento y el ejercicio de la participación social en la construcción y la efectividad de la política pública de regularización territorial que requiere, necesariamente, prestación positiva del Estado dirigida al reconocimiento de la igualdad de condiciones para el acceso a la vivienda digna y adecuada. Es en este contexto que los programas *“Minha Casa Minha Vida”*, y el programa municipal *“Vila Viva”*, en Belo Horizonte, Minas Gerais, tienen sentido. La función del programa es dar vida, realizar lo que se pretende.

⁴⁸⁷ J. Afonso da Silva, “Comentário Contextual à Constituição”, São Paulo, Malheiros, 2007. p. 29.

En el aspecto de la promoción de la vivienda social López afirma que: “[...] Cuando la evolución del carácter social de derecho subjetivo a un derecho social no hay razón para negar su exigibilidad inmediata”. El mismo autor que analiza el derecho a la vivienda social, añade que: “[...] Comprendiendo el acceso a la vivienda, el derecho subjetivo conecta con la misma caracterización social de nuestro Estado del Derecho. Supone la asunción por el poder público de un deber de proporcionar vivienda a quienes no pueden obtenerla en el mercado”⁴⁸⁸.

En ese sentido, una de las entrevistadas que vive en uno de los asentamientos irregulares hace el siguiente comentario sobre las condiciones de su casa:

Me quiero quedar aquí. Quiero que me digan que es lo que van a hacer conmigo, para que pueda arreglar esto de aquí, porque está todo roto, mi casa está toda rota, pero no puedo hacer nada aquí antes de saber lo que va a pasar. Tengo que estar segura de que voy a quedarme aquí o si no voy, pero para los pisitos yo no voy.⁴⁸⁹

Esta realidad es la imagen de la mayoría de las casas de los asentamientos irregulares donde las personas viven en la incertidumbre eterna de lo que puede suceder. Para el Ministerio Público del Estado de Minas Gerais una vivienda digna es:

[...] no es dejar que las personas vivan en tiendas de campaña, no es dejar que las personas vivan sin agua, sin luz, en áreas de riesgo o en locales en los que las calles no fueron planificadas y en las que ni siquiera puede pasar una ambulancia, esto para nosotros no es una vivienda digna.⁴⁹⁰

Sobre la importancia del poder judicial en la protección de la vivienda social, el testimonio de una de las entrevistadas es sorprendente:

Lo que ocurrió fue que llegó un juez caído del cielo, que se llamaba Dr. Manoel Reis Moraes, este juez vino de São Paulo. Yo estuve hablando personalmente con él, en el

⁴⁸⁸ F. Ramón López, “Construyendo el derecho a la vivienda”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 17.

⁴⁸⁹ “*Eu quero ficar aqui mesmo. Quero que eles me falem o que é que vão fazer comigo pra eu concertar aqui, porque ta tudo quebrado, minha casa ta toda quebrada, mas eu não posso fazer nada aqui antes de ter certeza né. Eu tenho que ter certeza se eu vou ficar aqui ou se eu não vou, mas lá pros predinhos eu não vou não*” (M. Rios, “Relatório de entrevistas”, 2016).

⁴⁹⁰ “[...] *não é deixar as pessoas morando debaixo de lona, não é deixar as pessoa morando sem agua, sem luz, em arem de risco ou em locais que as vias não foram planejadas e que então elas sequer podem ser atendidas por ambulância, isso pra nos então não é moradia digna*” (M. Rios, “Relatório de entrevistas”, anexo 2 do trabalho. Belo Horizonte, 2016).

6º Tribunal de la Hacienda Pública, sentenció al estado a reasentar a estas familias en el plazo de un año, esta sentencia fue clara, pero no fue cumplida en aquel año, se prolongó durante largos años hasta que estas familias fueron realmente reasentadas. Unas familias fueron llevadas a unos barrios, otras a otros barrios, en fin, las familias fueron cada una a un sitio. Eran casi 200 familias que vivían en dos edificios altos iguales. Fue un gran sufrimiento hasta que el alcalde reconoció la sentencia para sacar a las familias de allí, fue muy doloroso. Incluso hubo un incendio provocado en la zona como una manera de presionar al ayuntamiento. Eran dos edificios, el incendio se produjo en la 10ª planta de uno de los edificios, yo vivía en la 6ª planta. En los pisos que no se quemaron las familias continuaron allí, pero todo el proceso de reasentamiento fue una gran lucha. El poder público nunca reconoce a los menos favorecidos, sólo los reconoce en el momento de la elección y en la recaudación. La población menos favorecida es la población de la calle y las familias que están en ocupaciones y el poder público no las reconoce, sólo piensa que son bandidos y ladrones. Las personas que viven en estos lugares no son considerados ciudadanos.⁴⁹¹

Del mismo modo, el Tribunal de Justicia del Distrito Federal en la apelación interlocutoria reconoce el cumplimiento del derecho a la vivienda social: “Aunque se refiera a la ocupación irregular del suelo, en relación con el principio de la igualdad esencial entre los individuos, que se encuentran en situaciones semejantes, hasta que se definan los criterios que se utilizarán para el desalojo de todas las áreas públicas del Distrito Federal es prudente impedir la demolición del inmueble”⁴⁹².

Sobre el enorme déficit de viviendas en el país, del que ya hemos hablado, que justifica la obligación del Estado de promover acciones específicas dirigidas a la vivienda social, una de las entrevistadas que es miembro del Ministerio Público del Estado argumenta que:

⁴⁹¹ “O que aconteceu foi que veio um juiz caído do céu, de nome dr. Manoel dos Reis Moraes, e esse juiz veio de SP. Eu estive pessoalmente conversando com ele, na 6ª Vara da Fazenda, ele sentenciou o Estado a reasentar essas famílias no prazo de 1 ano, essa sentença foi clara mas não foi cumprida dentro desse um ano, arrastaram-se longos anos até essas famílias realmente serem reasentadas. Houveram famílias que foram levadas para uns bairros outras foram para outros bairros, enfim, as famílias, cada uma saiu pra um canto. Era quase 200 famílias moradoras das torres gêmeas. Foi muito sofrimento até que o prefeito reconheceu a sentença para tirar essa família de lá foi muito doloroso. Até ocorreu um incêndio criminoso na área como forma de tirar aquelas famílias de lá. Como eram duas habitações, dois prédios, o incêndio ocorreu no prédio 100, o que eu morava era o 64 e lá não houve incêndio e as famílias continuaram lá, mas o processo todo de reassentamento foi uma luta muito grande. O poder público nunca reconhece o menos favorecido, ele só reconhece na época de eleição e nos cofres para arrecadação. A população menos favorecida que é a população de rua e famílias que estão em ocupações o poder público não reconhece, na cabeça deles é só ladrão e bandido. Não existe cidadão para eles ali” (M. Rios, “Relatório de entrevistas”, anexo 4 do trabalho. Belo Horizonte, 2016).

⁴⁹² “Embora refira-se à ocupação irregular do solo, em respeito ao princípio da igualdade substancial entre indivíduos, que se encontram em situações assemelhadas, até que se definam em ação própria os critérios a serem utilizados para a desocupação de todas as áreas públicas do Distrito Federal, é prudente obstar a demolição do imóvel” (Tribunal de Justiça/DF, disponible en: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Direito+%C3%A0+moradia>>. Acceso el: 20 ene. 2017).

Tenemos un déficit habitacional tanto cualitativo como cuantitativamente. Antes el ayuntamiento contaba con un presupuesto que estaba definido por el Presupuesto Participativo para solucionar este problema, sin embargo, hoy en día el problema enfrentado por el Defensor del Pueblo es que las personas que fueron beneficiadas en el sorteo no les fueron entregadas dichas unidades habitacionales. [...] Para el criterio cualitativo existen programas de regularización territorial urbana, el más representativo es el programa municipal ‘Vila Viva’ que se propone hacer una intervención urbana en los barrios pobres y las ‘favelas’ a través de un plan de trabajo con directrices específicas que cuando son ejecutadas implican el saneamiento básico y la urbanización, además de la regularización y, en consecuencia, la transferencia de algunas familias para otros lugares.⁴⁹³

Siguiendo con el acceso a la vivienda social es posible afirmar que una política pública de regularización territorial, eficiente puede reducir el déficit de viviendas y ofrecer la seguridad jurídica a lo trabajo del estado. En este sentido, advierte López que: “[...] El derecho subjetivo existe en términos formales, pero no parece haber seguridad”⁴⁹⁴.

En defensa de una política pública permanente que contemple programas específicos dirigidos a disminuir el déficit de viviendas, una entrevistada afirma:

Hay que tener políticas públicas, hay que tener programas habitacionales, ya que el salario que recibe el trabajador es demasiado bajo para comprar una propiedad. El mercado inmobiliario sólo atiende a las familias que tienen una cierta posición y recursos para pagar. La casa, el inmueble es una mercancía, y quien no puede pagar por la mercancía está fuera del mercado y listo. El sector privado no resuelve este problema, y si el poder público no resuelve este problema vamos a tener, de hecho, un caos social.⁴⁹⁵

⁴⁹³ “[...] existe o déficit habitacional qualitativo e quantitativo a ser resolvido pela cidade e pela URBEL. No déficit habitacional quantitativo, para resolver essa questão de acesso à moradia, de inexistência de moradia, antes ela tinha um orçamento participativo de habitação, mas hoje a Urbel tem um problema que a Defensoria está até acompanhando, que foram associações de moradia que trabalhavam requisitando a participação de sorteio a essas unidades habitacionais no orçamento participativo de habitação, e que foram sorteadas unidades de habitação, mas que não foram entregues. [...] o déficit habitacional o critério quantitativo, onde é oferecido o programa da Minha casa minha vida. Agora, para o critério qualitativo existem programas de regularização fundiária, em que o carro chefe é o programa Vila Viva que se propõe a fazer intervenções urbanas em vilas e favelas por meio de um plano geral do IBGE, um plano global específico que dita diretriz para depois serem executadas e isso implica o saneamento, a urbanização e, nisso, remoções” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, Belo Horizonte, 2016).

⁴⁹⁴ F. Ramón López, “Construyendo el derecho a la vivienda”, Madrid, Marcial Pons, 2010. p. 19.

⁴⁹⁵ “Tem que ter políticas públicas, tem que ter programas habitacionais, porque o salário que o trabalhador recebe é baixo demais para a aquisição de uma propriedade. O mercado imobiliário só atende aquelas famílias que tem posse e recurso pra pagar. A casa, o imóvel, é uma mercadoria, e que não pode pagar por essa mercadoria está fora do mercado e pronto. A iniciativa privada não resolve esse problema e, se o poder público não resolver esse problema a gente vai ter de fato um caos social” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, anexo 4, do trabalho. Belo Horizonte, 2016. p. 8).

Sin embargo, el acceso a la promoción de la vivienda no tiene que pasar, necesariamente, por la adquisición de la propiedad que, como ya hemos dicho en esta tesis, es sólo una de las formas de regularización territorial urbana. En este sentido, López trae a debate la idea de que la realización efectiva del derecho de acceso, no necesariamente en propiedad, a una vivienda exige determinar el titular del derecho, el obligado por el mismo y las características de su objeto. Si sujeto activo del derecho de acceso a la vivienda no puede ser cualquier ciudadano, sino únicamente quien carezca de vivienda y de medios para lograrla.⁴⁹⁶

Una cuestión tratada por la Defensora Pública, en nuestra entrevista, es que: “Para que una vivienda sea digna tiene que haber, además de un techo, condiciones adecuadas de acceso a la infraestructura, agua, luz, transporte, acceso al transporte público”⁴⁹⁷. Podemos ver que el carácter de la interdependencia define el contenido de la dignidad del ser humano.

Podemos concluir que el derecho a la vivienda social constitucional está conectado directamente con el principio de la dignidad humana y, por esa razón, la construcción de un nuevo orden urbanístico, también previsto en el texto constitucional, significa impulsar al Estado con instrumentos básicos para que sean utilizados para dar eficacia a los derechos fundamentales. Una vivienda digna está en el núcleo de esta efectividad y, por tanto, es de vital importancia una política pública eficiente, en el ámbito Municipal, dirigida a la regularización territorial urbana.

La administración pública tiene la obligación legal de promover políticas públicas de regularización territorial urbana eficiente desde la inclusión, el artículo n° 37 de la Carta reconoce que: “La administración pública directa e indirectamente de cualquier poder, sea este de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios deberá obedecer a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]”⁴⁹⁸.

⁴⁹⁶ F. Ramón López, “Construyendo el derecho a la vivienda”, Madrid, Marcial Pons, 2010.

⁴⁹⁷ “Para uma moradia ser diga tem que haver, além de um teto, condições adequadas de acesso à infraestrutura, água, luz, transporte, acesso ao transporte público” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, anexo 4, do trabalho. Belo Horizonte, 2016. p. 9).

⁴⁹⁸ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade

Un logro importante que llega para integrar el texto constitucional y que ofrece, por un lado, una mayor seguridad jurídica para las acciones ejecutadas por el poder público y, por otro lado, representa un instrumento importante para la población en el ejercicio de la democracia directa, para la eficacia de los derechos fundamentales sociales que se realizan a través de políticas públicas en los ámbitos municipal, estatal y federal.

El propósito de esta investigación es pensar, desde el entendimiento de que el derecho a la vivienda social digna integra el conjunto de políticas públicas urbanas municipales destinadas a ordenar la ciudad, en el espacio urbano que aquí es el lugar donde la distribución humana es diferenciada y excluyente. Es en este espacio de exclusión estructural que se discuten las acciones de la administración pública a partir de la eficiencia pública y la participación de la sociedad.

En este sentido, Milton Santos nos enseña que se debe hacer: “*mudanças no uso a gestão do território se impõem, se queremos criar um novo tipo de cidadania, uma cidadania que nos ofereça como respeito a cultura e como busca a liberdade*”⁴⁹⁹. La ciudad, más allá de la influencia de la producción teórica, se destaca por la participación del movimiento de la reforma urbana que va a ser conocido como una entidad dotada de funciones sociales y, en consecuencia, su promoción a la categoría de derechos, el derecho a la ciudad.

Es precisamente en la ciudad que se nota claramente un intenso conflicto urbano alrededor del espacio territorial que requiere una acción pública municipal eficiente en sus acciones administrativas de la política pública de regularización y legalización territorial urbana.

En este sentido Moreira Neto nos llama la atención sobre el aspecto de la burocracia del estado y deja claro que la política pública evoluciona de un carácter históricamente burocrático a la idea de acciones más flexibles, descentralizadas y consensuales y afirma:

e eficiência [...]” (Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

⁴⁹⁹ M. Santos, “O espaço da cidadania”. Brasília, Fundação Ulysses Guimaraes, 2013, disponible en: <<http://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/img-pdf/1440003461-1398280172-vol-03-milton-santos.pdf>>. Acceso el: 25 ene. 2017.

“[...] O governo – a única solução imperativa, com método exclusivo de decisão política nas sociedades fechadas, cada vez mais se torna governança – alternativas de soluções dialogadas e negociadas, como método de decisão política nas sociedades abertas”⁵⁰⁰.

Este punto de vista ofrecido por Moreira Neto aclara nuestra comprensión de que la complejidad del contexto urbano en el campo de la regularización territorial, nos lleva a concluir que el proceso democrático de diálogo entre el interés público, el interés privado y la demanda necesitan la eficiencia como un buque insignia de todas las acciones, sean estas públicas, privadas o de la participación de la sociedad, dirigidas a la efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Así, la mediación institucional en la construcción y ejecución de la planificación urbana potencian, sin ninguna duda, las libertades individuales, a través de la promoción de las condiciones de sobrevivencia, así como las libertades públicas de apertura institucional del proceso de diálogo en la promoción y protección de los derechos fundamentales de toda la población sin que haya exigencias de cualquier sector que tenga más poder político y económico.

En este sentido, nos llama la atención el entendimiento de Moreira Neto que afirma que la crisis de la democracia es una crisis de legitimidad del poder político y apuesta por la participación social como garantía de que el gobierno decidirá, ya sea abstracta o concretamente, de acuerdo con la voluntad del pueblo. Lo que está muy claro es que la legitimidad del poder, de la acción pública se afirma en la participación efectiva de la sociedad.⁵⁰¹

Los principios que guían la actividad pública del Estado Democrático de Derecho, camino teórico que recorreremos en el primero y segundo capítulo de esta investigación, la supremacía de la ley y el reconocimiento de los derechos, además de los principios citados más arriba, forman un conjunto de valores que cuando se cumplen de manera eficiente, a

⁵⁰⁰ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Governo e governança em tempo de mundialização: reflexão à luz de novos paradigmas do Direito”, in: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 234, set/dez, 2006. p. 46.

⁵⁰¹ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política”, Rio de Janeiro, Renovar, 1992. p. 35-50.

nuestro juicio, pueden contribuir a la eficacia de los derechos de prestación del Estado, principalmente el derecho a la vivienda social digna.

Dentro de estos principios, el interés público tiene una gran importancia práctica y, en ese sentido, la función administrativa para Mello solamente existe “[...] *quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar poderes requeridos para supri-las*”⁵⁰².

Por eso, cuando una política pública está debidamente apoyada por los principios constitucionales, puede efectuarse por el poder público administrativo. Podemos ver que el estar anclado en la ley define la obligación de realizarse y, de esa manera, define también el ejercicio de las facultades administrativas que cuando ejercidas de manera discrecional implican en una acción jurídico-política y, es donde existe la posibilidad de una mayor libertad para la consecución de la política.

Esta tesis no pretende entrar en el debate, en profundidad, sobre el interés público y acto discrecional de la administración pública, ya que sólo quiere pensar en las dos cuestiones acopladas a la eficacia de la política pública de regularización territorial urbana. En este contexto, Bucci advierte que: “*conhecer os princípios jurídicos da administração pública, [...] as formas de organização jurídica da administração em seu cotidiano, são operações que necessariamente fazem parte do processo de formulação da política pública. [...] Por isso se pode concluir que o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como as políticas públicas interessam o direito administrativo*”⁵⁰³.

Sin embargo, incluso sin que se mencione expresamente en la Constitución el principio de la supremacía del interés público sobre el interés privado ha sido tratado por la doctrina con frecuencia, especialmente después de la promulgación de la Constitución de 1988. En este sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (1998) Hely Lopes Meireles (2000) y María Sylvia Di Pietro (2005) se dedican al tema de la supremacía del interés

⁵⁰² C. Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 33ª ed. São Paulo, Malheiros, 2016.

⁵⁰³ M. Paula Dallari Bucci, “Direito administrativo e políticas públicas”, São Paulo, Saraiva, 2002. p. 250.

público sobre el privado y afirman que se trata de un principio incorporado en el ordenamiento jurídico brasileño, por la experiencia de la administración pública y el sistema judicial nacional.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (1988), el interés público es el interés de la comunidad y, por lo tanto, es una suposición lógica del orden social democrático estable y justifica la existencia de varias prerrogativas a favor de la administración pública, tales como el imperativo de los actos administrativos y, cuando sea necesario, el uso del poder discrecional.

En la misma línea, Hely Lopes Meirelles (2000) considera que el interés público debe ser cumplido rigurosamente por el agente público y, en ese sentido, sostiene que el interés público se manifiesta, especialmente, en una posición superior en relación con el particular que se justifica por la prevalencia de los intereses colectivos y, el interés colectivo, cuando está en conflicto con el interés del individuo, debe prevalecer el interés público. En el caso de la política pública urbana, conforme afirmamos anteriormente, se enfrenta, en muchos casos, con intereses del mercado inmobiliario.

Di Pietro sigue la misma línea e indica que todas las normas del derecho público tienen la función, principal, de proteger los intereses públicos, aunque defiendan, involuntariamente, derechos individuales. Di Pietro, en su defensa, se muestra firme en la premisa de que la Constitución Federal está en sintonía con los logros del Estado Constitucional Democrático de Derecho y, por esta razón, la defensa del interés público corresponde a la propia finalidad del Estado.

El interés público, para algunos autores, se acuñó a partir de un concepto vago/impreciso, vale la pena recordar a Grau que entiende que:

[...] São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente impreciso-, razão pela qual necessitam ser completado por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraído da realidade [...] os parâmetros para tal

*preenchimento – quando se trata de conceito aberto por imprecisão – devem ser buscados na realidade.*⁵⁰⁴

En caso de conflicto, le corresponde al poder judicial el control de los actos de la administración pública. Así, en el caso de la política pública que tiene como objetivo ordenar la ciudad para que las personas puedan vivir con tranquilidad y con la garantía de los derechos básicos de sobrevivencia, como los derechos sociales, cabe tanto a la administración pública como al poder judicial la obligación de promover y proteger los derechos del ciudadano. El poder judicial también tiene la prerrogativa de completar conceptos, por ejemplo, en el caso de la conducta de “buena fe”, “precio justo”, entre otros.

En ese contexto, Lopes Meirelles entiende que:

*[...] O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária’.*⁵⁰⁵

Lo que significa decir que la competencia para llevar a cabo el control de los méritos de los actos administrativos es siempre de la administración pública, sin que sea del poder judicial la tarea y, en el caso de que se produzca esta situación se puede caracterizar, según el artículo 2º de la Constitución Federal que rige que los poderes de la Federación son independientes y armónicos entre sí, invasión de competencia. Lo que no ocurre en el caso de la legalidad y el análisis de validez del acto administrativo, con el fin de ver si es compatible con el ordenamiento jurídico, sin analizar el mérito del acto, es de entera responsabilidad del poder judicial.

Por lo tanto, cada vez que un acto esté en desacuerdo con el referido ordenamiento, el poder judicial lo determinará como ilegal e inválido. Sin embargo, se debe tener en cuenta que el control de legalidad se puede realizar tanto por la Administración Pública como por el

⁵⁰⁴ E. Roberto Grau, “Direito, conceito e normas jurídicas”, São Paulo, RT, 1988. p. 26.

⁵⁰⁵ H. Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 42ª ed., São Paulo, Malheiros, 2016. p. 54.

poder judicial y, además, el acto vinculado y el discrecional son pasibles de verificación. El acto discrecional es pasible del control legal por el hecho de que la discrecionalidad es la libertad dentro de la ley que respeta las normas de razonabilidad.

Para Mello,

[...] Discricionariedade é a margem de 'liberdade' remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios conscientes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de poder cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez da expressão da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

Llegamos a la conclusión de que la última palabra sobre la cuestión de la discrecionalidad debe ser dada a García, de Enterría y Fernández para quienes:

*[...] La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, [...] porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluido en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. Por el contrario, la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias real ese determinadas; justamente por ello es un proceso reglado que se agota en proceso intelectual de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal determinado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad direccional.*⁵⁰⁶

En resumen, para Fernández, el poder de la administración pública en un Estado de Derecho siempre será un poder direccional obligado a cumplir su función pública y justificar el ejercicio de conformidad a la ley y al derecho. De esa manera, la comprensión del autor es de gran importancia cuando dice:

[...] La administración dispone de una libertad, mayor o menor, para elegir la solución que considere más apropiada de entre las varias posibles, libertad que es suya y sólo suya, pero, como esa libertad no es ni puede ser total supuesto que el

⁵⁰⁶ E. García de Enterría; T. Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 10ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013. p. 447.

poder que la otorga es un poder jurídico y su otorgamiento por la Ley se hace en consideración de intereses que no son propios del órgano competente para ejercerlo, éste debe razonar por qué estima que tal solución y no otra distinta es la que mejor satisface los intereses a los que el poder ejercitado se ordena.⁵⁰⁷

Como estamos hablando de interés público aplicado a la configuración apolítica, en nuestra opinión, no se puede olvidar la idea de interés público en su sentido político. En este contexto, Vedel, nos llama la atención para indicar que el interés público no es en esencia distinto del interés de la persona o grupos; resulta de un “arbitraje” entre los diversos intereses particulares.

[...] se realiza según dos directrices. Unas veces el interés público será el del grupo más números: la expropiación que tiene por objeto el paso de una vía férrea sacrifica el interés del propietario al de los innumerables usuarios de la vía. Otras veces, el interés público se definirá no cuantitativamente, sino cualitativamente: los enfermos indigentes no constituyen el grupo más numeroso de la población, pero el valor de la salud y de la vida humana lo elevan sobre el valor de los intereses particulares del conjunto de los ciudadanos y, debido a ello, existe, a costa de los contrayentes, una asistencia médica gratuita.⁵⁰⁸

Por último, el autor hace una relación del interés público con la legalidad sobre la afirmación de que: “La búsqueda de un fin de interés público es la condición positiva de la legalidad de acción administrativa. [...] Si el fin de interés público es normalmente impuesto a la Administración, la elección de esta. [...] el fin de interés público es siempre un elemento de la legalidad; los medios dependen a menudo de la oportunidad”⁵⁰⁹. Moreira Neto, al analizar sobre la legalidad y la discrecionalidad, finaliza diciendo que:

[...] à ordem ético-política corresponde o conceito de legitimidade e à ordem ético-jurídica o conceito da legalidade. [...] uma ordem legitimada pela estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos a uma ordem legalizada pela estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas. [...] legalidade é a qualidade do produto do poder para o Direito e a legitimidade, a qualidade do produto do poder para a Política.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ T. Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”, 5ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2008. p. 85.

⁵⁰⁸ G. Vedel, “Derecho Administrativo”, Traducción de 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980. p. 259/260.

⁵⁰⁹ G. Vedel, “Derecho Administrativo”, Traducción de 6ª edición francesa por Juan Rincón Jurado, Madrid, Aguilar, 1980. p. 259/260.

⁵¹⁰ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre o limite do controle da discricionariedade”, Rio de Janeiro, Forense, 1989. p. 3.

Sobre la misma cuestión, Sainz Moreno afirma que:

La satisfacción del interés público constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la administración administrativa. Actuar lo que exige, conviene o perjudica al interés público y actuar en consecuencia, es la tarea fundamental de la Administración. [...] fin último de la actividad administrativa, sino también como presupuesto de la legalidad de decisiones singulares [...] De ahí que determinar en ‘*que*’ consiste el interés público y ‘*a quien*’ corresponde apreciar lo que en cada caso aconseja o perjudica a ese interés, no es solo una cuestión política o filosófica, sino un problema jurídico de la mayor importancia.⁵¹¹

Por lo tanto, podemos decir que, en el caso de las políticas públicas de regularización territorial en las áreas de interés social, el interés público es un principio jurídico cuya interpretación depende de la legalidad de la acción administrativa del estado en el cumplimiento de la política y, esta realización se condiciona a la legalidad de las acciones administrativas, por ejemplo, la tarea de aplicar los instrumentos jurídicos de regularización territorial.

En consecuencia, tenemos el mandato constitucional, el valor, la equidad, la búsqueda de la eficiencia, resultado efectivo del acuerdo previsto, en el que la técnica de la eficiencia, cómo hacer la acción, dirigirá el resultado, es decir, la eficacia de la política para obtener el resultado pretendido. Y, por lo tanto, podemos estar de acuerdo con el autor cuando dice que el interés público en la acción concreta no es un concepto puramente político, sino un concepto jurídico de la acción administrativa.

Cuando hablamos de la ineficiencia pública, nos imaginamos, exactamente, este contexto. Dicho de otra manera, cuando tenemos un déficit de la eficacia de la política, no es sólo por una cuestión económica, sino por una cuestión de cómo hacerlo, la manera de llevar a cabo la acción administrativa que, en el caso de esta tesis, también depende del comportamiento de la población involucrada y de la intervención del poder judicial cuando hay un conflicto y, asimismo, de la acción del registro de la propiedad que además de no tener un sistema integrado de fiscalización de registro, muchos de ellos, no llevan a cabo su

⁵¹¹ F. Sáinz Moreno, “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Madrid, *Civitas – Revista Española de Derecho Administrativo*. 1974. p. 3 a 95. p. 66.

acción pensando en el orden urbanístico, en la urbanización, sino en los intereses individuales de aquellos que los procuran.

En este sentido, una de las entrevistadas, cuando se le pregunta acerca de la intervención pública en su comunidad para regularizarla, afirma que:

Es que dicen que el dinero acabó que no hay manera de continuar el trabajo iniciado, pero eso es una mentira. El dinero no acabó no, pero dijeron que no van a hacer nada aquí. Si sabían que no iban a hacerlo todo, ¿Por qué sacaron a tanta gente de aquí? Hija mía, estoy solita con Dios, hay tres vecinas allí, pero ellas están allí y yo aquí. Mis hijos se han ido, no sé dónde puedo ir. El transporte público que es capaz de llegar aquí, lo pusieron hace unos 16 años. Pero hay una gran cantidad de gente ignorante que lo destruye, no lo conservan como lo hacen en otros barrios. Así que debido a esto ha habido una gran cantidad de reuniones en las que se decía que el autobús iba a salir, como se suele decir, los justos pagan por los pecadores, por los ignorantes que destruyen, que hacen ver que son bandidos, pero que no lo son. Ya sabes cómo acaba la historia, ¿no? Pero vivir aquí es incluso bueno, porque todo está tan cerca, ya sabes, yo no quería salir de aquí porque todo está tan cerca, mi casa es espaciosa. [...] No, no había nada. No pagaba nada, nada. Pero hasta ahora tampoco tengo nada, porque no recibí la escritura hasta ahora. Y de esto ya hace cinco años, dicen que después de dos años te dan el documento, pero hasta ahora nada. Dicen que hay un lío entre el ayuntamiento y el estado, porque parece ser que el ayuntamiento construyó en un terreno que era del estado, hay una chica que me dijo que, de vez en cuando, se va allí para saber algo.⁵¹²

En tales casos, tenemos una doble ineficiencia. Es decir, por una parte, la acción pública sin respetar el mandato constitucional, que determina las normas jurídicas sobre la planificación, la ejecución de la tarea pública con el presupuesto que ya se sabía que habría. Por otra parte, una acción pública positiva con acceso al transporte que, a menudo, es dañado por la población y, como resultado, tenemos todo un conjunto de acciones que

⁵¹² “É. Diz eles que o dinheiro acabou que eles não têm como continuar o trabalho iniciado, mas isso é mentira. O dinheiro não acabou não, mas eles falaram que não mais vão mexer aqui. Se eles sabiam que não iam mexer em tudo porque que eles tiraram tanta gente daqui? Aqui minha filha tô sozinha com Deus, tem três vizinhas ali, mas eles estão pra lá e eu to pra cá. Meus filhos estão tudo sumido, eu não tenho pra onde ir. [...] transporte público pra poder subir aqui, eles colocaram tem uns 16 anos. Mas tem muita gente ignorante que destrói sabe, não preserva igual de outros bairros. Então por causa disso já houve muita reunião falando que o ônibus ia sair, como se diz, os justos pagam pelos pecadores né, pelos ignorantes que destroem, que dão de bandido, mas que não são bandido nada. Ai já viu né? Mas morar aqui até que é bom, porque tudo é perto né, eu não queria sair daqui não porque tudo é perto, minha casa é espaçosa. [...] Não, não tinha nada. Não pagava nada, não tinha nada. Mas até aqui não tem também, porque eu não recebi o recibo até hoje. E já tem cinco anos, eles falam que depois de dois anos ganha o documento, mas até hoje nada. Diz que está uma luta entre a prefeitura e o estado, porque parece que a prefeitura construiu em terreno que era do estado, tem uma menina aqui que me falou, de vez em quando ela vai lá pra saber” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, Belo Horizonte, 2016).

hacen que la política sea ineficiente. En resumen, acaba por construir la negación de la dignidad humana.

Como se afirma en esta investigación, el municipio es el responsable de la planificación y ejecución de la política urbana. La aplicación de las políticas, en este contexto, están a cargo del poder ejecutivo municipal y es exactamente en el cumplimiento de esa función que esta tesis elige el principio de la eficiencia de la administración pública.

La eficiencia pública, en este trabajo, tiene como objetivo averiguar en qué medida la eficiencia técnica puede ayudar en la aplicación de la política pública de regularización territorial urbana ya que es una herramienta clave, en el contexto del orden urbano, en la efectividad/eficacia del derecho a la vivienda social digna. En este sentido tres aspectos son muy importantes, el lugar de la eficiencia, la eficacia y la equidad.

Para Caballería basado en Calsamiglia “[...] El derecho es un sistema en sí mismo, pero un sistema dinámico y abierto. El ordenamiento jurídico no solo goza de validez y eficacia formal, sino que persigue tener eficacia material, efectividad y eficiencia”. A continuación, sobre la misma cuestión el autor añade:

[...] Se reivindica como una orden de las relaciones sociales que procura su transformación y progreso. Como tal orden, es esencialmente dinámico: muta y se integra permanentemente. [...] Por la misma razón, la dogmática jurídica no puede cerrarse a las restantes de las ciencias sociales, que inviste y explican o comportamiento de los sujetos y las relaciones que el Derecho ordena.⁵¹³

La Constitución inaugura un Estado Democrático de Derecho en el que la democracia está entendida, en esta tesis, como el proceso de construcción de la voluntad de la sociedad, del interés público y común a la comunidad; como ordena un conjunto de derechos fundamentales basados, principalmente, en la dignidad humana; formula un ordenamiento jurídico, reconocido en esta tesis como resultado de la participación

⁵¹³ M. Vaquer Caballería, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/diciembre, 2011, p. 91-135. p. 93.

democrática de toda la sociedad y, por último, concede la competencia administrativa al municipio para planificar y ejecutar políticas públicas de ordenamiento territorial.

La eficacia está en primer lugar como resultado de la efectividad de los derechos sociales, la eficiencia ocupa el lugar de la técnica de optimización, del modo de hacer para obtener el resultado deseado, y finalmente, la equidad sirve como valor, calidad, justicia social que al ser colocados en práctica se obtiene una ciudad agradable para vivir, en la que los derechos sociales pueden ser, de hecho, reconocidos como universales y, como resultado, surge la obligación positiva del Estado de promover y proteger el derecho social a la vivienda

El derecho constitucional ordena que el resultado de las acciones debe convertirse en dignidad, en una ciudad inclusiva que reconoce y protege los derechos fundamentales del ser humano, tiene sentido pensar en la eficiencia pública como una técnica importante para conseguir el resultado deseado, la eficacia. La eficiencia, según Krugman y Wells *apud* Caballería, aplicada a la economía, es “[...] la eficiencia de la economía es la maximización de los resultados deseados con los medios disponibles [...] la eficiencia tiene que ver con cómo lograr el objetivo [...]”⁵¹⁴. Así que, si el objetivo constitucional es la promoción y protección de los derechos fundamentales, la eficiencia sirve para encontrar maneras de cómo alcanzar esos objetivos.

La competencia pública y cooperación son de vital importancia en el proceso de realización de los derechos sociales, es decir, de las políticas públicas dirigidas a garantizar la dignidad humana. Caballería indica que “[...] competencia y cooperación son, en suma, dos formas posibles de relación entre organizaciones económicas”⁵¹⁵.

⁵¹⁴ M. Vaquer Caballería, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/diciembre, 2011, p. 91-135. p. 95.

⁵¹⁵ M. Vaquer Caballería, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/diciembre, 2011, p. 91-135. p. 95.

Lo que significa decir, en nuestro estudio, que la competencia sobrevive cuando la cooperación se lleva a cabo y, esta cooperación debe ocurrir entre la población afectada en el proceso de regularización como ejecutor de la política, con el poder judicial en la resolución de conflictos de manera eficiente y como poder legislativo en la aprobación de las normas necesarias para la ejecución de la política pública. Esto, en nuestra opinión, es una función jurídico-política.

La competencia pública en la planificación y ejecución de la política de regularización territorial tiene una relación con las otras políticas y con los sectores de la sociedad relacionados con el tema, tales como el mercado inmobiliario y las innúmeras iniciativas de la sociedad en busca de la efectividad/eficacia del derecho a la vivienda social digna. Es así como sucede el proceso democrático de la construcción y ejecución de la política, pero el objetivo final que siempre sirve como un vector de los términos de esta cooperación es la dignidad humana en una ciudad inclusiva, agradable en la que todos, sin discriminación, tienen derecho universal a la vivienda adecuada y, para aquellos que no tienen las condiciones mínimas para conseguirlo el estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas para la igualdad de derechos, por la justicia social.

Caballería concluye que la eficiencia como técnica para el logro de los objetivos puede ser el complemento de la eficacia. El autor afirma que “la eficiencia puede ser asumida como un coronario general y complemento necesario del principio de la eficacia en el Estado Social”⁵¹⁶. Así, el principio de la eficiencia constitucional previsto en el capítulo de la administración pública, artículo 37, es el criterio de programación que más tarde pasa a ser un criterio para la aplicación de las políticas públicas sociales.

Otro aspecto importante discutido por Caballería sobre la eficiencia como complemento de la eficacia es: “[...] la eficiencia para el Derecho Público, es un criterio complementario del principio de eficacia, que significa empleo y asignación racionales de los recursos en general y que es susceptible de aplicarse a problemas tan diversos como la

⁵¹⁶ M. Vaquer Caballería, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/diciembre, 2011, p. 91-135. p. 98.

minimización del gasto público”. La Constitución de 1988, en el capítulo del orden económico y financiero, garantiza en sus principios fundamentales, el artículo 170, VII la reducción de las desigualdades reales y sociales y, en el VIII, la búsqueda del pleno empleo. Es decir, la búsqueda del pleno empleo supone que la inversión no está muy extendida, sin organización y prevención de gastos mínimos.

Caballería concluye que: “concebimos aquí más bien a la eficacia como un principio jurídico y a la eficiencia como un criterio de optimación de la eficacia global de la administración [...]”⁵¹⁷. La Constitución de 1988 reconoce la eficiencia como principio de la administración pública, con el fin de orientar la planificación y la ejecución de la acción pública que lleva a la finalidad prevista, el mandato que identifica el ser constitucional que es la promoción y protección de los derechos fundamentales del ser humano.

Parejo Alfonso en su estudio sobre el principio de la eficacia, lo presenta como resultado de la acción eficiente del poder administrativo y nos llama la atención sobre el aspecto de la eficacia como fuente de:

[...] legitimación del poder por la producción de los resultados positivos para los ciudadanos, en temidos de funcionamiento y prestación asqueados y corrutos de los servicios públicos en general. El protagonismo adquirido por el valor de la eficacia esta evidentemente relacionado con la profunda alteración de las pautas de relación entre Estado y ciudadanos inducida por la implementación y consolidación del Estado democrático y social de Derecho y la acelerada evolución de la propia sociedad [...].⁵¹⁸

En cuanto al esfuerzo que hacemos en nuestro trabajo para pensar en la eficiencia pública dirigida a la forma en que la administración lleva a cabo sus acciones en favor del interés público, Alfonso en su estudio ofrece una declaración clara de la posibilidad de pensar los principios destinados a la administración pública y, por lo tanto, fundamenta la

⁵¹⁷ M. Vaquer Caballería, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/diciembre, 2011, p. 91-135. p. 99.

⁵¹⁸ L. Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, in: *Revista de Documentación Administrativa – DA*. Instituto Nacional de Administración Pública. Nº 218-219. Abril-Setiembre 1989. p. 5.

dirección de nuestra investigación. Así afirma el autor: “Conviene aclarar, ya desde ahora, que no se trata en modo alguno de poner cuestión la legitimidad y la pertinencia evidentes del análisis e interpretaciones económicas de la realidad, sino únicamente de criticar el exceso en la valorización de su autonomía y hegemonía como ciencia social prescriptiva”⁵¹⁹.

En relación con el principio de la eficiencia, en Brasil, de la misma manera, tenemos una gran e importante contribución de lecturas interpretativas sobre los derechos sociales y las políticas públicas del estado centrados en cuestiones económicas, pero poco o casi nada bajo la mirada de la eficiencia pública. Siempre se justifica la ineficiencia por cuestiones económicas, falta de presupuesto público o la retirada de presupuesto por parte del estado.

La investigación que hemos hecho demuestra que el tema económico no es el único responsable de la ineficacia del derecho a la vivienda. Por eso afirmamos en nuestra investigación que es posible encontrar en la construcción y la efectividad/eficacia de la política, otras razones que justifican su baja efectividad y que no son las puramente económicas.

En el concepto del principio de efectividad Alfonso afirma que: “[...] La eficacia administrativa, en tanto que postuladora de la realización efectiva de determinadas situaciones normativamente prefijada, es un principio que alude al carácter finalista de la acción de la Administración. La eficacia jurídica y, por tanto, real, de dicho principio requiere la evaluación de la actividad, el control del resultado por la misma alcanzado”.⁵²⁰

⁵¹⁹ L. Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *in*: *Revista de Documentación Administrativa – DA*. Instituto Nacional de Administración Pública. Nº 218-219. Abril-Setiembre 1989. p. 7.

⁵²⁰ L. Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *in*: *Revista de Documentación Administrativa – DA*. Instituto Nacional de Administración Pública. Nº 218-219. Abril-Setiembre 1989. p. 8.

Así, podemos repetir que el principio de la eficiencia jurídica en las acciones de la administración pública sirve como justificador de la eficacia y esta como la realización del resultado deseado. La eficacia, para Alfonso, tiene como exigencia la realización material de interés público y, a nuestro juicio, la eficiencia tiene como exigencia la utilización de los medios adecuados para llegar a la realización pretendida. En este contexto, si el interés general tiene como justificación la dignidad humana el mecanismo constitucional para asegurar ese interés es la eficacia de la acción pública que utiliza como medio, como técnica, la eficiencia pública.

Es importante recordar que la eficacia del modelo liberal se agota en el ordenamiento jurídico, sin embargo, su funcionamiento está siempre a cargo de la espontaneidad de las acciones, al contrario del modelo Democrático de Derecho en el que la democracia significa el propio proceso de construcción eficaz de la acción pública que pasa a tener una implicación con el compromiso social del estado. Por esta razón, la acción administrativa pasa a exigir legitimación pública y esto sólo ocurre cuando se alcanza el objetivo deseado.

Alfonso nos llama la atención para la relación entre eficacia y eficiencia y afirma que: “la eficacia alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados. [...] La eficiencia puede definirse como subespecie e la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el garo óptimo de la misa, siendo posible también diferenciarse tipos de eficiencia según criterio material que se emplee para la fijación de la relación óptima”⁵²¹.

Podemos concluir que existe una interrelación entre los principios de la eficiencia, la eficacia y la igualdad porque si tenemos el objetivo pretendido y su contenido prefijado, por ejemplo, la garantía de efectividad de la vivienda social digna, cuyo contenido justificador es la dignidad humana, la eficiencia ocupa el lugar de la técnica más

⁵²¹ L. Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, *in*: *Revista de Documentación Administrativa – DA*. Instituto Nacional de Administración Pública. Nº 218-219. Abril-Setiembre 1989. p. 19.

importante para alcanzar el objetivo deseado, la efectividad/eficacia del derecho a la vivienda social digna y la igualdad sirve como vector que orienta las acciones pretendidas.

Por último, en el aspecto de la participación social para Sánchez: “[...] está bastante ligado con la democratización como proceso de abertura de estructuras e instituciones para acercar y organizar una relación entre gobierno y gobernados más directa y funcional. [...] la participación ciudadana es indispensable en la recuperación de los derechos ciudadanos”⁵²².

Brasil, en el período de 1965 a 1985, hizo una construcción de participación directa que no se limita al ejercicio del voto, como ya comentamos en este trabajo, tanto en la construcción del modelo democrático como en la garantía de un proceso de participación efectiva en la elaboración del nuevo orden que se inaugura con el “*Estatuto da Cidade*”, así como, en varios municipios en la construcción de un Plan Director participativo en el que se localiza el locus de la política de regularización territorial urbana.

Participar, según el autor: “[...] significa tomar una parte en una cosa, recibir una parte de algo, o compartir, tener algo en común con otro u otros. [...] el sujeto tiene una intervención en lo que le es común. [...] participar, se entiende en referencia a la intervención de los miembros de un grupo en la gestión de este mismo o el poder decisorio”⁵²³.

Dieter Nohelen (2006) *apud* Sánchez “define la participación con el acto de tomar parte en donde subyace una concepción instrumental y una normativa”. Más adelante, el mismo autor añade que participar presupone la existencia de la organización y, por último, afirma que: “hablar de participación implica el tratar tanto la convergencia de motivos e intereses como la exclusividad de la organización social o grupal y sus efectos

⁵²² M. Angel Ramos Sánchez, “La participación ciudadana en la esfera de lo público”, in: *Revista Espacio Público*. España, 2009. p. 85-102. p. 86.

⁵²³ M. Angel Ramos Sánchez, “La participación ciudadana en la esfera de lo público”, in: *Revista Espacio Público*. España, 2009. P. 85-102. p. 86.

colaterales”.⁵²⁴ Para Marshall (1998) *apud* Sánchez “La ciudadanía es aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad”.⁵²⁵

Por último, la idea de la participación en esta tesis tiene, en primer lugar, el entendimiento de intervención en el interés común de la comunidad; en segundo lugar, en la trascendencia de esta participación en la formación de gobernabilidad, de la democracia, en la que el interés individual cede lugar al interés público y, finalmente, el proceso por el cual el sujeto participante, individual o colectivo, desarrolla una acción dirigida a vincular una opinión a un objetivo común, bien común a todos los participantes de la acción pública como un proceso de socialización de la meta principal, la ampliación del espacio público.

En este sentido, es muy importante el resultado del proceso de participación que genera responsabilidad compartida entre la comunidad y el estado. Esta participación en la opinión de una de las entrevistadas en un proceso de regularización que tuvo éxito, era evidente que, para ambas partes, estado y población, era importante el proyecto, la participación efectiva de la comunidad:

Participo en el programa “Minha Casa Minha Vida” desde 2009, registrada en el ‘Núcleo Habitacional Santa Isabel’. En este periodo asistí a varias reuniones en el ayuntamiento que eran registradas en acta ante notario. En 2012 me tocó en sorteo un piso de 2 cuartos. Como había varios pisos yo y otros beneficiados pudimos elegir en que pisos queríamos vivir, ahora esto es diferente porque entregan los pisos de uno en uno, esto dificulta el acceso. Tras el sorteo pasé por un proceso de comprobación de renta y de los datos informados en el acto de la inscripción, a continuación, participé de una serie de reuniones de ‘pre-morar’, en las que URBEL orienta sobre el programa y da instrucciones sobre la manera de vivir y convivir en una comunidad de vecinos. Después fue la firma del contrato con la ‘Caixa Econômica Federal’, pero el contrato sólo se entrega a los residentes después de haber pagado el piso, que tiene un plazo de 10 años, cuando es realmente propiedad. El día 07/03/2015 recibimos las llaves del piso. [...] En mi opinión es un excelente programa para mejorar la calidad de vida de las personas que realmente quieren cambiar.⁵²⁶

⁵²⁴ M. Angel Ramos Sánchez, “La participación ciudadana en la esfera de lo público”, in: *Revista Espacio Público*. España, 2009. P. 85-102. p. 86.

⁵²⁵ M. Angel Ramos Sánchez, “La participación ciudadana en la esfera de lo público”, in: *Revista Espacio Público*. España, 2009. P. 85-102. p. 88.

⁵²⁶ “Participo do programa minha casa minha vida desde 2009 – cadastrada pelo Núcleo Habitacional Santa Isabel. Neste período participei de várias reuniões com a prefeitura, as quais eram lançadas em Ata e registrada em cartório. Em 2012 fui sorteada e contemplada com 1 apto de 2 quartos. Como havia vários residenciais eu e os outros contemplados pudemos escolher em qual deles queríamos morar, o que está diferente agora, pois tem sido liberado um residencial por vez, dificultando o acesso. Após o sorteio passei por um processo de comprovação de renda e veracidade dos dados informados no ato da inscrição, depois seguimos por uma série de reuniões de “pré-morar”, nas quais a URBEL orienta sobre o programa e dá

Para Neto, actitud participativa sin la institucionalización de sus formas se configura en una frustración, así como la institucionalización de la participación social sin acción es meramente decorativa.⁵²⁷ Por lo tanto, la Constitución de 1988 reconoce muchos institutos de participación administrativa.

En este sentido, el Constitución 1988 reconoce en primer lugar la competencia privativa del ejecutivo, en el artículo 84, II y también reconoce la importancia del ejecutivo para hacer uso de los instrumentos de participación social, el artículo 61, párrafo 1º, II, y de la Constitución.

Entre los instrumentos previstos están el debate público cuyo objetivo es la legitimidad de la acción administrativa; la audiencia pública que se caracteriza eficacia vinculatoria al resultado de la acción prevista en el artículo 29, X, 204, II y 216, párrafo 1º. En este caso la vinculación se debe a que, de acuerdo con Neto, “dará lugar a la asignación de una función administrativa a este cuerpo excepcional popular exigente, por lo que la fundación de la ley (artículo 48, X) por iniciativa del Poder Ejecutivo (Art. 61, párrafo 1, II, e)”⁵²⁸.

En el municipio, la Constitución reconoce la presencia y participación de las asociaciones representativas en la planificación municipal, por esta razón el “*Estatuto da Cidade*” establece expresamente esa participación como obligatoria en la construcción y aprobación del Plan Director. De este modo reconoce el autor, que:

[...] no planejamento municipal já é obrigatória (art. 29, X, da Constituição). Constituindo-se, por isso, condição de validade dos planos diretores urbanos 9 Art. 182, parágrafo 1º da Constituição. [...] no mesmo Título da Ordem Social (VIII), indica-se a participação da população, por meio de organizações representativas,

instruções de como morar e conviver em condomínio. Em seguida ocorre a assinatura do contrato com a Caixa econômica Federal, mas este contrato só é entregue aos moradores após quitação do apartamento, que é no prazo de 10 anos, quando se efetiva a propriedade. No dia 07/03/2015 recebemos a chave do apartamento. [...] Na minha opinião é um excelente programa de melhoria na qualidade de vida das pessoas que realmente buscaram mudar” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, Belo Horizonte, 2016).

⁵²⁷ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política – Legislativa, Administrativa e Judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

⁵²⁸ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política – Legislativa, Administrativa e Judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1992. p. 130.

*na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (art. 206, VI) [...].*⁵²⁹

En el aspecto de la obligación en el espacio del control de la acción pública por el poder judicial tenemos, en ese contexto, que la Justicia Federal suspendió la tramitación del proyecto de ley del nuevo Plan Director de Florianópolis, por la Cámara Municipal, que determinó la devolución al poder ejecutivo para la realización de la participación popular, participación de la sociedad. Así, afirmó el magistrado: *“proceda à oitiva devidamente informada da população para elaboração do texto final que deverá ser novamente encaminhado ao Legislativo [...] devendo incorporar as diretrizes resultantes do processo de participação popular nos Distritos e no Núcleo Gestor Municipal”*⁵³⁰.

Es por esta razón que se justifica el esfuerzo realizado en esta tesis para pensar en la eficacia de la vivienda social digna desde la perspectiva de estos principios sin desmerecer, por supuesto, el papel del análisis económico. El reto de elegir como foco de la investigación los principios de la eficiencia pública y de la dignidad humana, nos permite entender que más allá de los problemas económicos la cuestión de la eficiencia pública se presenta como crucial en la planificación y el orden urbanístico y, como resultado, en la efectividad/eficacia del derecho social a la vivienda digna.

En este sentido, optamos por la interpretación sistémica finalistística⁵³¹ que integra los derechos sociales a la luz del marco conceptual consolidado en el *“Estatuto da Cidade”*,

⁵²⁹ D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política – Legislativa, Administrativa e Judicial: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1992. p. 132.

⁵³⁰ DAQUI. Portal de Notícias. Florianópolis, Santa Catarina. “Justiça suspende tramitação do Plano Diretor”, disponible en: <<http://daquinarede.com.br/2013/11/justica-suspende-tramitacao-do-plano-diretor/>>. Acceso el: 20 ene. 2017.

⁵³¹ Interpretación Sistémica Finalista – Esta proposición de interpretación de los derechos sociales y, en consecuencia, de las políticas sociales surge de la lectura de Caballería 2011. Interpretación sistémica se refiere a uno de los métodos utilizados por la hermenéutica constitucional descrita como “la interpretación que pretende correlacionar todos los dispositivos normativos de una Constitución, puesto que cree que sólo es posible dilucidar la interpretación desde la totalidad del conocimiento”. En este sentido Hans Kelsen, por ejemplo, tiene la visión de un sistema jurídico que es, naturalmente, una pirámide normativa, en la que la, en la que la constitución está en la parte superior y debajo están la legislación, los actos administrativos y, posteriormente, las decisiones. Toda esta parte de la pirámide tiene que ser interpretado en conjunto con la Constitución, todas las normas jurídicas deben leerse a través de la Constitución, lo que se denomina filtro hermenéutico para el neoconstitucionalismo. La Teoría Finalista se entiende como la que trata de lograr el propósito de las normas constitucionales muchas veces superando la realidad descrita en la norma. La interpretación teleológica se desarrolla, principalmente, sobre los principios constitucionales, tales como el significado de “casa” a la inviolabilidad del domicilio.

para dar apoyo legal a la gestión urbana comprometida con la necesaria comprensión del derecho social a la vivienda de carácter universal y sistémico que clama la promoción y la protección de una ciudad como espacio físico y conjunto de valores; orden urbano inclusivo desde la perspectiva de los principios de la dignidad humana y de la eficiencia pública y de la participación de la sociedad en todo el proceso de formulación, ejecución y fiscalización de la política de regularización territorial.

Así pues, es bueno recordar que los problemas investigados en esta tesis tienen como núcleo el déficit de la efectividad y la consolidación del trabajo del estado. En este contexto, la primacía de la investigación cree en la hipótesis de una fuerte influencia del mercado inmobiliario privado sobre la construcción de la política por el Plan Director; sobre el papel municipal en el proceso de zonificación y regularización territorial y, por último, en la población cubierta por los programas de regularización mediante la creación de lo que llamamos un mercado de la vivienda clandestina que enfrenta a la acción pública del estado.

Dentro de ese núcleo, la efectividad del derecho a la vivienda social digna se dirige a la interpretación del significado del derecho social a la vivienda constitucional desde la perspectiva de una posible confusión entre el derecho de propiedad previsto en el artículo 5° y el derecho a la vivienda social previsto en el artículo 6° de la Constitución Federal y el sentido del nuevo orden urbanístico que desplaza la resolución de conflictos territoriales más allá de la esfera civil con instrumentos propios de regularización destinados a promover y proteger la vivienda que consolida la ciudad como lugar físico y como conjunto de valores que impregna la vida de la sociedad.

Otra cuestión que es evidente es un poder judicial sin ninguna preparación para hacer frente a esta realidad que son los instrumentos previstos en este nuevo orden urbanístico. Las decisiones tomadas, la mayoría de las veces, tratan la realidad mediante la aplicación del derecho civil, preferentemente, la propiedad individual que como apuntamos en la investigación impide que el mandato constitucional se haga efectivo, produzca justicia social.

No obstante, se observa que los tribunales constitucionales de América Latina comprenden la importancia de un análisis sistémico del concepto, como es el caso del tribunal/corte de Colombia:

*A Corte Constitucional determinou que o direito à moradia é um direito fundamental com facetas progressivas, o qual pode ser protegido pela via do mandado de segurança quando o demandante se encontra numa situação vulnerável e carece de meios para viver. Segundo a Corte existem três pressupostos em que procede este direito: I) a faceta de defesa da moradia digna; II) quando exista uma reclamação relativa ao respeito de um direito adquirido de acordo com um desenvolvimento legal e regulatório do tema; III) quando devido à situação de vulnerabilidade coloque em risco sua dignidade.*⁵³²

El Superior Tribunal Federal de Brasil sigue la misma línea cuando el Ministro Enrique Lewandowski al analizar una demanda procedente de un área de interés social en conflicto en São Paulo el 21 de enero de 2016 decide que:

*Constitucional – pretensão de suspensão do cumprimento da reintegração de posse para aguardar desate da questão a respeito do destino das famílias ocupantes do local, pelos órgãos públicos competentes – descabimento – ordem proveniente de decisão transitada em julgado – direito dos agravados que não pode ficar à mercê de decisões políticas – reintegração que será acompanhada pelo Grupo de Apoio às Ordens Judiciais de Reintegração de Posse (GAORP) deste Tribunal – problema social da falta de moradia que não deve ser enfrentado por decisões judiciais que, em detrimento do direito constitucional de propriedade, legitimem ou façam perdurar esbulhos possessórios evidenciados – função social da propriedade que deve se conformar aos requisitos constitucionais e legais que a disciplinam e não servir de justificativa para comportamentos ilegais que se travestem de justiça social – necessidade de resposta célere do Poder Judiciário.*⁵³³

Por último, dando secuencia al mismo razonamiento, el Tribunal de Justicia de Rio de Janeiro en una decisión liminar entiende que: “[...] *Direito à moradia como direito fundamental positivo. Ato administrativo que interdita a moradia da agravada, por risco de desabamento de barranco. Obra reconhecida como necessária, mas que não foi feita. Direito da agravada de exigir do Estado (lato sensu) uma prestação positiva, consistente em assegurar direito à moradia. CF/88, art. 6º. CPC, art. 273*”⁵³⁴.

⁵³² Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF), disponible en: <www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter>. Acceso el: 26 ene. 2017.

⁵³³ Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF), “Agravado de Instrumento”, disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso el: 26 ene. 2017.

⁵³⁴ Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), “Tutela Antecipatória”, disponible en: <www.tjrj.jus.br/>. Acceso el: 26 ene. 2017.

La efectividad de los derechos fundamentales, en su conjunto, exige esta lectura sistémica y finalista. En ese sentido el Ministerio Público de Minas Gerais entiende:

Creo que la vivienda está empezando a hacer los avances que el derecho a la salud hizo hace una década, tal vez hace 15 años. Así que esto es nuevo, la gente se asusta: ‘qué me dices, él quiere quedarse, pero el terreno no es suyo’, ‘pero él vive allí, lo necesita, este terreno estaba vacío o estaba siendo utilizado para cualquier cosa, escombros, delincuencia...’, entonces la persona está dando una función social, está realizando su derecho a la vivienda, porque una cosa que se nos olvida es que el derecho a la vivienda se relaciona con todo, porque si tiene una residencia, va a conseguir un puesto de trabajo, que es donde vive, será capaz de darle a su hijo una escuela, registrarse en el ambulatorio para tener atención médica, tendrá vida familiar, tendrá descanso semanal remunerado, descanso nocturno. Así que las personas sin vivienda pierden su dignidad, están totalmente violadas, vacías.⁵³⁵

Para completar las participaciones sobre un enfoque sistémico del derecho a la vivienda social digna, una vecina de un conjunto habitacional, construido a través de un programa del gobierno dirigido a la población de baja renta, declara que:

Sobre la infraestructura próxima a las residencias, el transporte público todavía no es de los mejores, pero hay autobuses regularmente (de 20 en 20 minutos), hay incluso un acceso, a través del transporte público, a UPA Este, que está a unos 15 minutos. El barrio también cuenta con dos escuelas primarias, una UMEI, un centro de salud y un CRAS (Centro de Referencia de Asistencia Social), que atienden las necesidades de la población. Sin embargo, todavía falta infraestructura comercial (tiendas, supermercados, verdulerías, farmacias).⁵³⁶

Nuestra hipótesis inicial en la investigación señalaba la interferencia del sector privado en la construcción y ejecución de las políticas públicas de la vivienda social digna y como resultado a todo esto teníamos la ineficacia de dicha vivienda. Con relación a esta

⁵³⁵ “Acho que a moradia ela está começando a fazer os avanços que o direito a saúde fez a uma década, talvez uns 15 anos atrás. Então é novo, as pessoas assustam né: ‘como assim ele está pedindo pra ficar mas o terreno não é dele’, ‘mas ele mora lá, ele precisa, esse terreno estava vago ou estava sendo usado pra nada, entulho, criminalização...’, então a pessoa está dando função social, está concretizando o seu direito à moradia, porque uma coisa que a gente esquece é que o direito à moradia correlata a tudo, porque com sua residência você vai conseguir um emprego, é onde você mora, você vai conseguir dar pro seu filho uma escola, cadastrar no posto de saúde para ter o acesso à saúde, você vai ter o convívio familiar, você vai ter o descanso semanal remunerado, o repouso noturno. Então sem moradia a pessoa perde sua dignidade, é totalmente violada, esvaziada” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, Belo Horizonte, 2016).

⁵³⁶ “Sobre a infraestrutura próxima ao residencial o transporte público ainda não é dos melhores, mas há regularidade de ônibus (de 20 em 20 minutos), inclusive existe acesso, por meio dos transportes públicos, à UPA LESTE, que fica a mais ou menos 15 minutos do residencial. O bairro conta ainda com duas escolas primária, uma UMEI, um Centro de Saúde e um CRAS (Centro de Referência da Assistência Social), o que atende a necessidade da população. Contudo, ainda deixa a desejar em questão de infraestrutura comercial (lojas, supermercado, sacolão, farmácia)” (M. Rios, “Relatório de Entrevistas”, Belo Horizonte, 2016).

situación consideramos dos lógicas. La primera es la lucha constante por el espacio territorial que interfiere directamente en la zonificación urbana, en la población de baja renta que es apartada a lugares lejanos, lugares que, muchas veces, están degradados y sin infraestructuras, alejados de cualquier lugar y, en consecuencia, con grandes dificultades para desplazarse, esto lo hemos comprobado en la investigación. Además, tenemos un mercado que no se preocupa por la ordenación de la ciudad, tal como lo establece el “*Estatuto da Cidade*”, sino, y muy especialmente, por los lucros y, en ese sentido, si da dinero la ordenación de la ciudad, podemos apostar.

La segunda lógica es que la población que fue beneficiada por proyectos habitacionales que fueron financiados con una inversión pública federal, estatal y municipal, con transferencia de dominio particular adquirido a través de instrumentos de usucapión urbano y expropiación, muchas de estas viviendas vuelven a un mercado inmobiliario que resulta clandestino, esto ocurre a través de contratos de compra-venta “de cajón”. Todo esto es fruto, a nuestro juicio, de varias facetas de la ineficacia pública. Dos de estas facetas, encontradas en la investigación, nos llaman la atención, la primera es el impacto de las acciones desordenadas, sin planificación, influidas por la falsa idea de que el mercado inmobiliario logrará regularizar la ciudad y, lo hará solo, y la otra faceta es que la solución del problema de la vivienda social digna es que la población de baja renta tenga acceso a la propiedad privada.

Se tiene la sensación de que se devuelve la ciudadanía a las personas que no poseen condiciones de adquirir un patrimonio, es decir, una visión puramente patrimonialista. La divulgación de esta cultura patrimonial, según/resultado de la encuesta llevada a cabo, por el contrario, desvirtúa el derecho a la vivienda. Ese aspecto de transferencia de dominio, previsto inclusive por el “*Estatuto da Cidade*”, tiene un lado perverso que es la falsa idea de que se están haciendo efectivos derechos fundamentales. En ese sentido tenemos la declaración de una técnica entrevistada en nuestra encuesta que dice:

Un día participé en la entrega de la escritura de un inmueble después de la liquidación del contrato y fue lo más emocionante de mi vida, porque fue cuando vi a una señora que tenía dificultad de escribir el nombre en el contrato y sin acabar de creerse lo que estaba ocurriendo me preguntaba ‘¿es mío?’ Le dije es suyo, puede hacer lo que quiera. Sin embargo, estos proyectos son muy, muy sencillos, y lo que

era más bonito era la mirada de la persona, y entonces pude comprender, porque antes no entendía lo que estaba haciendo y después comprendí como el trabajo significaba tanto para las personas.⁵³⁷

La realidad de una ciudad como Belo Horizonte es clara en ese sentido y, así lo entiende Clarice de Assis Libânio:

*A cidade de Belo Horizonte, capital do estado de Minas Gerais, conta com cerca de 2,5 milhões de habitantes (IBGE – Censo 2010 e Contagem da população 2015), sendo a sexta em população do País. Em sua Região Metropolitana residem 5,5 milhões de pessoas, a terceira maior do País. Fundada em 1897, foi a primeira cidade planejada do Brasil. Entretanto, junto com a cidade, nasceram as favelas, visto que, no plano original da nova capital, não havia setores destinados à residência dos trabalhadores que a construíram. Com crescimento rápido e desordenado, em 1912 (apenas 15 anos depois da fundação) já havia 60% da população vivendo em zonas denominadas rurais ou suburbanas. Em 1955, eram 36,4 mil pessoas nas favelas, número este que chegou a 120 mil em 1965. Nos dias atuais, a Capital conta com mais de 450 mil pessoas vivendo nas favelas, como se verá a seguir, em mais de 200 áreas de ocupação irregular. Além disso, transborda para os 33 municípios metropolitanos, uma vez que não tem mais zonas de expansão ou terrenos a baixo custo para habitação popular, criando e adensando cidades-dormitório em seu entorno, formadas por populações pobres.*⁵³⁸

Seguimos haciendo referencia a las características de la ciudad de Belo Horizonte en ese proceso histórico de regularización y, desde el punto de vista de la misma autora, tenemos un problema crónico en la dirección administrativa:

Nas diversas administrações que se seguiram, entre 1971 e 1982 foram removidas quase 10 mil famílias assentadas em 422 áreas, totalizando cerca de 68 mil pessoas afetadas (Lopes, 2010). Quando havia alguma compensação, predominavam as indenizações em dinheiro, em valores irrisórios, o que acabava por contribuir para o adensamento de outras favelas já existentes ou para o surgimento de novas invasões. A década de 1980 mudou a visão sobre as favelas, principalmente pela ação dos movimentos sociais. Importante, nesse sentido, foi a invasão da Prefeitura (1981) [...] ‘era da remoção’ foi substituída (temporariamente) pela ‘era da urbanização’, com a implantação do Programa de Desenvolvimento de Comunidades – Prodecom, em 1981 (GTZ/Seplan); da Lei do Programa Municipal

⁵³⁷ “Um dia eu participei da entrega da escritura de um imóvel após a quitação do contrato e foi a coisa que mais me emocionou na vida, porque foi quando eu vi uma pessoa que tinha dificuldade de escrever o próprio nome no contrato e sem acreditar perguntado ‘é meu mesmo?’ E eu falei é seu mesmo, a senhora pode fazer o que a senhora quiser. Só que esses empreendimentos são empreendimentos muito, muito simples, e aí o que era mais bonito era o olhar da pessoa, e aí eu pude entender, porque antes eu não entendia o que eu fazia e depois eu fui compreendendo o quanto o trabalho era significativo pras pessoas” (M. Rios, “Relatório de entrevistas”, 2016).

⁵³⁸ C. de Assis Libânio, “O fim das favelas? Planejamento, participação e remoção de famílias em Belo Horizonte”, *Cad. Metrop.* [online]. 2016, vol. 18, n. 37, pp. 765-784. disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2236-99962016000300765&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acceso el: 20 ene.2017. p. 766.

de Regularização de Favelas – Profavela, em 1983,8 e na criação da Companhia Urbanizadora de Belo Horizonte – Urbel em 1986.9.[...] Essa visão ‘estrutural’ teve seu marco inicial com o Programa Alvorada (PBH/Urbel/AVSI)¹¹ e culminou na obrigatoriedade de elaboração dos Planos Globais Específicos – PGE antes da realização de qualquer intervenção em áreas decretadas como Zonas de Especial Interesse Social – Zeis [...] Entre 1995 e 2005, foram realizadas 2.866 remoções em virtude de obras públicas na cidade, ao passo que somente no ano de 2006 esse número foi de 2.133 famílias removidas.⁵³⁹

Em síntese, los principios de la eficiencia pública y de la dignidad humana, a través de una lectura sistémica, son capaces de interferir en la eficacia del derecho y de la política de regularización territorial urbana, conforme a lo que se ha mostrado hasta aquí podemos decir que la realidad señala una posible disminución del impacto negativo en la efectividad de la política y, de esa manera, la investigación considera tres sugerencias que tienen el objetivo de lograr una mayor efectividad del derecho a la vivienda social digna. Es do lo que tarta el punto seguinte.

7.2 Objetivos y resultados de la investigación

Iniciamos la pesquisa con el objetivo de investigar el déficit de efectividad del derecho social a la vivienda social digna, a través de la política pública de regularización territorial urbana para la población de baja renta desde la perspectiva de la dignidad humana y de la eficiencia pública para señalar sugerencias prácticas en el campo de la promoción y de la protección de la vivienda social. El camino recorrido nos da la seguridad de señalar premisas y hacer sugerencias que tienen como objetivo mejorar la política.

La primera premisa es que la política de regularización territorial de los asentamientos irregulares consolidados pretende hacer efectivo el derecho a la vivienda social digna previsto en el artículo 6º de la Constitución Federal. Es decir, cumplir con el mandato constitucional de promover y proteger los derechos fundamentales constitucionales. En este sentido, el eminente objetivo de la vivienda social digna es el goce, es decir, lo que la Constitución establece es el derecho universal de todos los ciudadanos a disfrutar de una

⁵³⁹ C. de Assis Libânio, “O fim das favelas? Planejamento, participação e remoção de famílias em Belo Horizonte”, *Cad. Metrop.* [online]. 2016, vol. 18, n. 37, pp. 765-784. disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2236-99962016000300765&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acceso el: 20 ene.2017. p. 769.

vivienda digna. La comprensión requiere el entendimiento de que el estado, en ese contexto, asume la obligación prestacional de promoción y protección de este derecho a las personas que no pueden adquirir su primera vivienda. Lo que no debe confundirse con el derecho de propiedad previsto en el artículo 5° del mismo texto constitucional que tiene como principio el pleno ejercicio de la libertad. Para esta premisa tenemos dos sugerencias:

Ofrecer una formación a los promotores y fiscalizadores de las políticas públicas de un concepto de derecho social a la vivienda de manera sistémica. Esto se haría a través de un consejo municipal formado por el sector público, el sector privado, y la población con un cuerpo de asesores técnicos que fuera capaz de formar a los miembros del consejo sobre la ejecución de la política de manera técnica y eficiente. Este consejo sería de carácter consultivo, para las cuestiones propias de la administración, y de carácter decisivo sobre las cuestiones en las que la ley autoriza.

En el ámbito judicial se considera la sugerencia de crear una jurisdicción urbanística en las ciudades que tienen más de 20.000 habitantes. Esta jurisdicción urbanística puede seguir el modelo de las jurisdicciones ambientales que ya existen en algunos estados de la federación, por ejemplo, el Distrito federal. Estaría formada por un cuerpo de asesores preparados para ayudar en la urbanización de la ciudad en todos los aspectos relacionados con el poder judicial y así darían agilidad al proceso de regularización. Es decir, una jurisdicción responsable de solucionar todos los conflictos relacionados con la regularización territorial.

La segunda premisa es que la política pública de regularización territorial urbana carece de requisitos formales que aseguren que el trabajo del estado no se pierda. Y, para que se logre mayor eficacia en el derecho a la vivienda social digna es necesario que haya un mayor impacto en las decisiones administrativas y judiciales para que se intensifique la utilización de los instrumentos de regularización, apuntados en esta tesis. Para esta premisa tenemos dos sugerencias:

En lo referente al registro proponemos que se prohíba la venta de la vivienda durante un periodo de 30 años después de este tiempo se podrá vender y hacer la transferencia de

dominio. De esta manera la utilización de la vivienda dirigida al goce/usufructo se realizará de forma más eficaz.

Por último, para servir como un criterio de inclusión en los programas de regularización territorial urbana la condición para los que están incluidos en los programas de transferencia de renta directa, por ejemplo “*Bolsa Família*”, es que en el caso de que vendan la vivienda pierdan el beneficio de estos programas.

8 CONSIDERACIONES FINALES

El Estado Democrático de Derecho se caracteriza como un modelo en el que el derecho tiene en el orden jurídico su fuente legitimadora y, en este sentido, los derechos fundamentales de las personas ocupan la centralidad de este modelo y, es por esta razón que recuperamos el concepto de Estado Democrático de Derecho a partir de los principios de la supremacía de la ley y del reconocimiento de derechos, es decir, el estado de derecho es aquel que tiene en el orden jurídico normativo su fundamento principal y este orden, se entiende aquí, como fruto de la voluntad de la sociedad.

Esta es la fórmula que encontramos para revisar la experiencia brasileña en la construcción del modelo de estado, 1988 y en la construcción del orden urbanístico nacional, 2001. Por esta razón afirmamos en este trabajo que el Estado Democrático de Derecho brasileño tiene en el proceso de construcción de la democracia la marca registrada de la participación de la sociedad como un hilo conductor de la lucha por los derechos y su efectividad.

Los principios de la dignidad humana y de la eficiencia pública permanecen en la lectura de la experiencia brasileña con el objetivo de que, a nuestro juicio, estos dos principios son capaces de dirigir una evaluación crítica de la efectividad del derecho a la vivienda desde otra perspectiva que no sea la tradicional evaluación económica cuantitativa. Es decir, una lectura a partir de la calidad del acceso y de la promoción del derecho a la vivienda social.

Por eso, dedicamos un punto importante sobre el derecho a la vivienda social tratando de establecer, de hecho, una separación conceptual entre el derecho a la propiedad y el derecho a la vivienda, los dos reconocidos en el capítulo de los derechos fundamentales de la Constitución de 1988. Hacemos la separación con el objetivo de pensar en la especificidad de la vivienda y, así, tratar de mejorar la efectividad que concreta la política de regularización territorial.

Para materializar el derecho social a la vivienda, el nuevo ordenamiento urbano propone diversos instrumentos jurídicos con el objetivo de regularizar el territorio que son: la usucapión colectiva, la concesión del derecho real de uso y la concesión de uso especial para vivienda que es de lo que tratamos en esta investigación. Todos estos instrumentos están dirigidos a la regularización territorial urbana de los asentamientos irregulares de competencia municipal.

Este conjunto normativo nos permite afirmar que no es posible interpretar los problemas urbanos exclusivamente desde la perspectiva del derecho civil y, asimismo, el derecho administrativo, con su punto de vista tradicional. El nuevo paradigma, los nuevos fundamentos para la gestión urbana se realizan con la participación de la sociedad, la asociación entre los sectores públicos y privados y organizaciones sociales en un compromiso colectivo que la propuesta de esta tesis presenta como base a la dignidad humana y a la eficiencia pública.

A continuación, dedicamos una lectura crítica a la efectividad de la política de regularización y registros que trata de encontrar soluciones a los problemas relacionados a la ejecución de la política que se hace a través de programas municipales y federales para la adquisición de vivienda social.

En este contexto está claro que la inversión pública engloba los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial, en un esfuerzo conjunto de viabilizar la política, pero dentro de los problemas de efectividad apuntados en esta tesis la práctica de alienación del título por parte de los beneficiarios constituye uno de los problemas cruciales es por esta razón que la tesis apuesta en una medida más dura que pueda cohibir esta práctica y proponemos una plazo de 30 años para el propio título de registro.

En este sentido, las dos políticas de regularización y registro precisan ir juntas para que no se pierda el trabajo del estado y, en este punto, la experiencia concreta de análisis es la enriquecedora realidad del municipio de Belo horizonte que tiene, históricamente, una gran

inversión en el derecho a la vivienda social. En esta experiencia confirmamos la tesis de que, incluso con muchos problemas que afectan la eficiencia, los programas son muy importantes para la permanencia de la política. Confirmamos, asimismo, que las iniciativas públicas son evaluadas a partir del concepto de que la garantía de la vivienda requiere la ejecución progresiva de otras políticas, por ejemplo, seguridad, saneamiento, transporte, salud y educación.

La formulación y la concreción de los principios de la dignidad humana, de la participación y de la eficiencia pública dirigen la investigación con el objetivo de aclarar los problemas de calidad de la política y señalar sugerencias prácticas para conseguir la eficacia del derecho. Finalmente, una vez más, afirmamos que las entrevistas realizadas fueron de suma importancia y nos ayudaron no sólo a comprender la complejidad de las políticas, sino también a mostrar salidas como las que hemos indicado en el último punto de la investigación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A. Abreu Dallari, “Instrumentos de política urbana, Estatuto da Cidade: comentário à Lei 10.257/2001”, São Paulo, Malheiros, 2002.
- A. Abreu Dallari, “Instrumentos da Política Urbana”, in: A. Abreu Dallari; S. Ferraz (Coords.), *Estatuto da Cidade – Comentários à Lei Federal 10.257/2001*, São Paulo, Malheiros, 2010.
- A. Augusto Cançado Trindade, “Tratado Internacional de Direitos Humanos”, 3ª ed., Porto Alegre, Fabris Editor, 1997.
- A. Augusto Cançado Trindade, “A II Conferência mundial de Direitos Humanos (1993): o Legado de Viena”, A Incorporação das normas internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro, São José da Costa Rica, Brasília, 1996.
- A. Buarque de Holanda Ferreira, “Novo Dicionário da língua portuguesa”, 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira. 1986.
- A. Cláudia Silva Scalquette, “Sistema constitucional das crises: os direitos fundamentais face a situações extremas”, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.
- A. Demichel, “Le Droit Administratif: essai de Reflexión Theoriqué”, Paris, LGDJ, 1978.
- A. Giddens, “Modernidade e identidade”, Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2002. p. 22.
- A. Gonzalez Borges, “Interesse Público: um conceito a determinar”, in: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 1996.
- A. Enrique Pérez Luño, “Los derechos fundamentales”, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- A. J. Krell, “Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 48-49.
- A. Martinez Marin, “El buen funcionamiento de los servicios públicos”, Madrid, Tecnos, 1990.
- A. Moraes, “Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral”, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- A. Paula de Barcellos, “Alguns parâmetros normativos para a ponderação de interesses”, in: L. Roberto Barroso (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.
- A. R. Brewer-Carías, “La Ciudad Ordenada”, Caracas, Critería Editorial, 2006.
- B. Alfonsin, “Direito à Moradia: Instrumentos e Experiências de Regularização Fundiária nas Cidades Brasileiras”, Observatório de Políticas Urbanas: IPPUR; FASE. Rio de Janeiro, 1997.
- B. Constant, “Discurso sobre la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos “Discurso Pronunciado en el Ateneo de Paris” (1819), *Revista de Estudios Públicos* N° 59, invierno de 1995.
- B. de Sousa Santos (Org.), “Democratizar a Democracia – os caminhos da democracia participativa”, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.
- Brasil, Câmara dos Deputados. “Estatuto da Cidade. Lei 10.257/01”, disponible en: <<http://www.geomatica.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2015/03/Estatuto-da-Cidade.pdf>>. Acceso el: 13 oct. 2016.
- Brasil, Câmara dos Deputados, “Medida Provisória nº 2.220”, de 4 de setembro de 2001. Dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §1º do art. 183 da Constituição,

disponible en: <www2.camara.leg.br/.../2001/medidaprovisoria-2220-4-setembro-2001-396074>. Acceso el: 14 set. 2016.

Brasil, “Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Brasil, Estatuto da Cidade, “Lei 10.257/01”, disponible en: <<http://www.geomatica.ufpr.br/portal/wp-content/uploads/2015/03/Estatuto-da-Cidade.pdf>>. Acceso el: 13 oct. 2016.

Brasil, “Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009”, disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/11977.htm>. Acceso el: 15 nov. 2016.

Brasil, Presidência da República, “Medida Provisória nº 459”, Brasília, 2009, disponible en: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acceso el: 10 nov. 2016.

Brasil, “Projeto de Medida Provisória que altera o § 7º do art. 4º da Lei nº 10.931”, disponible en: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Exm/EM-190-MF-552.doc>. Acceso el: 24 ene. 2017.

Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF), disponible en: <www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter>. Acceso el: 26 ene. 2017.

Brasil, Supremo Tribunal Federal (STF), “Agravos de Instrumento”, disponible en: <www.stf.jus.br>. Acceso el: 26 ene. 2017.

Brasil, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), “Tutela Antecipatória”, disponible en: <www.tjrj.jus.br/>. Acceso el: 26 ene. 2017.

Câmara dos Deputados, “Estatuto da cidade – guia para implementação para os municípios e cidadãos”, 2ª ed., Brasília, 2002.

C. Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

C. Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.

C. Antônio Pacheco Fiorillo, “Introdução ao Estatuto da Cidade”, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

C. Courtis, “Crerios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, in: C. P. Souza Neto; D. SARMENTO (Orgs.), *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

C. de Assis Libânio, “O fim das favelas? Planejamento, participação e remoção de famílias em Belo Horizonte”, *Cad. Metrop.* [online]. 2016, vol. 18, n. 37, pp. 765-784. disponible en: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2236-99962016000300765&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acceso el: 20 ene. 2017.

C. Frederico Marés, “A função social da terra”, Porto Alegre, Fabris, 2003.

C. Lafer, “A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, 6ª. ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2006.

C. Lafer; A. Filippi, “A presença de Bobbio – América Espanhola, Brasil, Península Ibérica”, São Paulo, Unesp, 2004.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/1952-Protocolo01-ConvenioProteccionDerechosHumanosyLibertadesFundamentales.htm#a1>>. Acceso el: 30 jul. 2015.

C. Ribeiro Bastos, “Curso de Direito Constitucional”, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1992.

C. Schmitt, “Teoría de la Constitución”, Versión Española: F. Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982.

C. Schmitt, “Teoría de la Constitución”, Madrid, Alianza Editorial, 2011.

DAQUI. Portal de Notícias. Florianópolis, Santa Catarina. “Justiça suspende tramitação do Plano Diretor”, disponible en: <<http://daquinarede.com.br/2013/11/justica-suspende-tramitacao-do-plano-diretor/>>. Acceso el: 20 ene. 2017.

D. Alcides Rezende; C. Ultramari, “Plano diretor e planejamento estratégico municipal: introdução teórico-conceitual”, *RAP Rio de Janeiro* 41(2):55-71, Mar/Abr. 2007, disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v41n2/05.pdf>>. Acceso el: 23 ene. 2017.

D. de Figueiredo Moreira Neto, “Análise sistemática do conceito de ordem econômica e social nas Constituições dos Estados democráticas”. Tese apresentada no VIII Congresso brasileiro de Direito Constitucional, Porto Alegre, 1987.

D. de Figueiredo Moreira Neto, “Legitimidade e discricionariedade”: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade, Rio de Janeiro, Forense, 1989.

D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política: fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1991.

D. de Figueiredo Moreira Neto, “Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial : fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

D. de Figueiredo Moreira Neto, “Governo e governança em tempo de mundialização: reflexão à luz de novos paradigmas do Direito”, in: *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 234, set/dez. 2006.

D. Grimm, “Constitucionalismo y derechos fundamentales”, Trad.: Raúl Sanz Burgos y José Luiz Muñoz de Baena Simón, Madrid, Trotta, 2006.

D. Sarmiento, “Direitos fundamentais e Relações Privadas”, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

E. Díaz, “Estado de Derecho y sociedad democrática”, 4ª ed., Bogotá, Taurus, 2010.

E. Fernandes, “O Estatuto da Cidade e a ordem jurídico-urbanística”, in: C. Santos Carvalho; A. Rossbach (Org.), *O Estatuto da cidade comentado*, São Paulo, Ministério das Cidades/Aliança de Cidades, 2010.

E. Fernandes; B. Alfonsin, “Coletânea de legislação urbanística – normas internacionais, constitucionais e legislação ordinária”, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

E. Forsthoff, “Tratado de derecho administrativo”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958.

E. Forsthoff, “Sociedad Industrial y Administración”, Traducción: Celestino Fernández de la Vega, Madrid, Escuela Nacional de Administración Publica (ENAP), 1967.

- E. Forsthoff, “Problemas Constitucionales del Estado Social”, in: W. Abendroth e E. Forsthoff e K. Doering, *El Estado Social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “La Constitución como norma jurídica”, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1979.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, *Revista de Derecho Público*. RDP 89/5, Madrid, jan.-mar./1989.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, in R. Gómez-Ferrer Morant (Coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasi*, Madrid, Civitas, 1989.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “Revolución francesa y administración contemporánea”, Madrid: Civitas, 1994.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Madrid, Thomson Civitas, 2006.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “Democracia, ley e inmunidades del poder”, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters/Civitas, 2011.
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa”, Madrid, Thomson/Civitas, 2009.
- E. García de Enterría, “Locke y la Constitución Europea”, *Civitas. Revista española de derecho europeo*, nº 13, 2005, p. 5-8.
- E. García de Enterría Martínez-Carande “Problemas actuales del Régimen Local”, Madrid, Thomson Civitas, 2007,
- E. García de Enterría Martínez-Carande, “La Constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica”, *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 6, nº 21, Janeiro/dezembro 2011.
- E. García de Enterría Martínez-Carande; T. Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo I”, 10ª ed., Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013.
- E. García de Enterría Martínez-Carande; L. J. Parejo Alfonso, “Lecciones de derecho urbanístico”, Madrid, Civitas, 1981.
- E. Groisman, *Revista de Derecho Industrial*, 1999, 42/894.
- E. Ricardo Levandowski, “Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional”, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1984, p. 63.
- E. Roberto Grau, “Direito, conceito e normas jurídicas”, São Paulo, RT, 1988.
- E. Roberto Grau, “A ordem econômica na constituição de 1988”, 14ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010.
- E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000.
- F. Ascher, “Metapolis: Acerca do Futuro da Cidade”, Trad.: Álvaro Domingues, Oeiras, Celta, 1998.
- F. Konder Comparato, “Juízo de constitucionalidade das politicas publicas”, in: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo, Malheiros, 1997, Vol. 2.

- F. Konder Comparato, “A afirmação histórica dos direitos humanos”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2007.
- F. Lassalle, “A Essência da Constituição”, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1985.
- F. Lassalle, “Que es una Constitución?”, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1946.
- F. Lassalle, “A Essência da Consituição”, 9ª ed., Trad.: Walter Stönnner, São Paulo, Freitas Bastos, 2014.
- F. López Ramón (Coord.), “Construyendo el derecho a la vivienda”, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- F. Marie Arouet de Voltaire, “Cartas Inglesas: Tratado de metafísica: dicionário filosófico”, São Paulo, Abril Cultural, 1978.
- F. Sáinz Moreno, “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, Madrid, *Civitas – Revista Española de Derecho Administrativo*. 1974. p. 3 a 95.
- F. Sosa Wagner, “Maestros alemanes de Derecho público. I”, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- F. Sosa Wagner, “Maestros alemanes del Derecho público”, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- G. Fernández Farreres, “Las urbanizaciones de iniciativa particular: Introducción a su problemática jurídica”, *Revista española de derecho administrativo*, nº 53, 1987, p. 5-22.
- G. Fernández Farreres, “Los juristas y la lucha por el Derecho: el legado del profesor Eduardo García de Enterría”. *Revista de administración pública*, nº 195, 2014, p. 11-53.
- G. Sabine, “Historia de la Teoría Política”, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- G. Sjoberg, “Origem e evolução das cidades”, in: K. Davis *et al.* *Cidades: a urbanização da humanidade*, 2ª ed. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1972. p. 36-55.
- G. Vedel, “Derecho administrativo”, Trad.: Juan Rincon Jurado, Madrid, Aguilar, 1980.
- H. Heller, “Teoría del Estado”, Madrid/Granada, Editorial Comares, 2004.
- H. Kennedy, Baroness Kennedy of the Shaws, “Just Law: The Changing Face of Justice – And Why it Matters to Us All”, Vintage 2005, Random House.
- H. Léfèbvre, “O direito à cidade”, Trad.: Rubens Eduardo Frias, São Paulo: Centauro, 2001.
- H. Lopes Meirelles, “Desapropriação para urbanização”, *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, nº 116, p 01- 15, abril/junho, 1974.
- H. Lopes Meirelles, “Direito Administrativo brasileiro”, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- H. Lopes Meirelles, “Direito de construir”, 11ª ed., São Paulo, Malheiros, 2013.
- H. Lopes Meirelles, “Direito Administrativo Brasileiro”, 40ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.
- H. Nogueira Alcalá, “La Interpretación Constitucional de los Derechos Humanos”, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE: “Aglomerados subnormais: Informações Territoriais”, disponible en: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/aglomerados_subnormais_informacoes_territoriais/default_informacoes_territoriais.shtm>. Acceso el: 6 dic. 2016.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, disponible en: <https://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2007/graficos_pdf.df>. Acceso el: 13 ene.2017.

- I. Wolfgang Sarlet, “O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia”, in: *Revista de Direito do Consumidor*, ano 12, v. 46, ab.-jun./03.
- I. Wolfgang Sarlet, “A Eficácia dos direitos fundamentais”, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- I. Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- I. Wolfgang Sarlet, “Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988”, 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.
- J. Adércio Leite Sampaio, “Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais”, Belo Horizonte, Del Rey, 2013.
- J. Afonso da Silva, “Poder Executivo na Constituição Imperial do Brasil de 1824”, in *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*. Fundador e Diretor: Paulo Bonavides. Del Rey. Nº I, jan./jun. 2003.
- J. Afonso da Silva, “Direito Urbanístico Brasileiro”, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008.
- J. Afonso da Silva, “Comentário contextual à Constituição”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.
- J. Afonso da Silva, “Teoria do conhecimento constitucional”, São Paulo, Malheiros, 2014.
- J. Afonso da Silva, “Curso de direito constitucional positivo”, 37ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.
- J. Afonso da Silva, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 38ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.
- J. Benvenuto Lima Junior, “Manual de Direitos Humanos Internacionais. Acesso aos Sistemas global e Regional de Proteção dos Direitos Humanos” (Org.), disponible en: <https://www.gajop.org.br/arquivos/publicacoes/Manual_de_Direitos_Acesso_aos_Sistemas_global_e_Regional.pdf>. Acceso el: 10 ene. 2017.
- J. Castan Tobeñas, “Los Derechos del Hombre”, 2ª ed., Madrid, Reus, 1975.
- J. C. V. Andrade, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.
- J. Eugenio Soriano García, “Desregulación, Privatización y Derecho Administrativo”, Bolonia, Real Colegio de España, 1993.
- J. E. Soriano García, “Hacia la tercera desamortización. (por la reforma de la Ley del suelo)”, Madrid. Pons, IDELCO, 1995.
- J. Eugenio Soriano García, “Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Nº 36, 2010, p. 225-246.
- J. Eugenio Soriano García, “El poder, la Administración y los Jueces”: a propósito de los nombramientos por el Consejo General del poder judicial, Madrid, Iustel, 2012.
- J. Habermas, “A inclusão do outro – Estudos de teoria política”, Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe, São Paulo, Edições Loyola, 2002.
- J. J. Rousseau, “El Contrato Social”, Valladolid, Maxtor, 2008

- J. J. Rousseau, “Origen de la desigualdad entre los hombres”. Río Piedras, Editorial EDIL, 2002.
- J. Joaquim Gomes Canotilho, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, Coimbra, Almedina, 2001.
- J. Joaquim Gomes Canotilho, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.
- J. Locke, “Segundo Ensayo sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y finalidad del gobierno civil”, Trad. Cristina Piña, Buenos Aires, La página-Losada, 2003.
- J. Luis Monereo Pérez, “Hermann Heller: Teoría del Estado. Edición y estudio preliminar – ‘La Teoría Político-jurídica de Hermann Heller’”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), Núm. 128, Madrid, abril-junio (2005). p. 371-400.
- J. Luis Monereo Pérez; Cristina Monereo Atienza, “Legalidad y Legitimidad por Carl Schmitt”, Granada, Editorial Comares, 2006. p. X.
- J. Luiz Quadros de Magalhaes, “Direitos humanos na ordem jurídica interna”, Belo Horizonte, Interlivros, 1992.
- J. Luiz Quadros de Magalhães, “Poder Municipal – paradigma para um estado constitucional brasileiro”, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- J. Maria Rodrigues Ramos, “Dimensões da globalização: comunicações, economia, política e ética”,
Disponível em:
<http://www.faap.br/revista_faap/rel_internacionais/rel_01/dimensoes.htm>. Acesso el: 10 ene. 2017.
- J. Michelet, “Historia de La Revolución Francesa”, Trad. de Vicente Blasco Ibáñez. Ikusager, Vitoria, 3 vols. 772, 722 y 654 pp.
- J. Muñoz Castillo, “Constitución y vivienda”, Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2003.
- J. Nilo de Castro, “A Emergência do tribalismo urbano”, disponible en:
<<https://core.ac.uk/display/16025167>>. Acesso el: 6 jan. de 2017.
- J. Pérez Royo, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- K. Hesse, “Escritos de Derecho Constitucional”, introduccion y traduccion de Pedro Cruz Villalon, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- K. Hesse, “A força normativa da Constituição”, Porto Alegre, Sergio Fabris Editor, 1991.
- K. Hesse, “A força normativa da Constituição”, Trad.: Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: S.A. Fabris, 2009.
- L. Alberto David Araujo; Vidal Serrano Nunes Júnior, “Curso de Direito Constitucional”, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2005.
- L. Augusto de Andrade Barbosa, “Notas sobre colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Günther”, *Novos Estudos Jurídicos*, v. 13, n. 02, jul./dez., 2008.
- L. Benévolo, “História da Cidade”, Tradução: Silvia Mazza, São Paulo, Perspectiva, 2011.

- L. Cosculluela Montaner, “Manual de derecho administrativo”: parte general. 12ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2011.
- L. J. Parejo Alfonso; E. García de Enterría, “Lecciones de derecho urbanístico”, Madrid, Civitas, 1981.
- L. J. Parejo Alfonso, “Estado social y administración pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa” Madrid. Civitas, 1983.
- L. J. Parejo Alfonso “Derecho urbanístico: instituciones básicas”, Mendoza, Argentina: Ciudad Argentina, 1986.
- L. J. Parejo Alfonso, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”, in: *Revista de Documentación Administrativa – DA*. Instituto Nacional de Administración Pública. Nº 218-219. Abril-Setiembre 1989.
- L. J. Parejo Alfonso, “Constitución y valores del ordenamiento”, Centro de Estudios Ramón Areces, 1990.
- L. J. Parejo Alfonso, “Crisis y renovación en el derecho público”, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- L. J. Parejo Alfonso, “Eficacia y administración: tres estudios”, *Boletín Oficial del Estado*, BOE: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid, 1995.
- L. J. Parejo Alfonso, “La encrucijada actual del urbanismo”, *Urban*, nº 1, 1997, p. 29-44.
- L. J. Parejo Alfonso, “Ordenación del territorio y medio ambiente”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 30, nº 146, 1996, p. 131-178.
- L. J. Parejo Alfonso, “El reto de la eficaz gestión de lo público”, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 149, 1999, p. 3-23.
- L. J. Parejo Alfonso, “El Estado Social y Administración Prestacional”. *Revista Vasca de Administración Pública*, Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, Nº 57, 2000. p. 17-48.
- L. J. Parejo Alfonso “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de administración pública*, nº 153, 2000, p. 217-250.
- L. J. Parejo Alfonso, “La ordenación territorial y urbanística en el contexto de la política económica y social del Estado”. *Documentación administrativa*, nº 271-272, 2005 (Ejemplar dedicado a: El Derecho público de la acción social), p. 481-514.
- L. J. Parejo Alfonso, “¿Hacia la parlamentarización del sistema de gobierno local?”, *Revista de estudios locales*. Cunal, nº 111, 2008, p.18-21.
- L. J. Parejo Alfonso, “In memoriam: Eduardo García de Enterría y el derecho local”, *Cuadernos de derecho local*, Número 33, 2013, p. 5-8.
- L. J. Parejo Alfonso, “Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad”, *Temas para el debate*, Nº 223 (jun.), 2013 (Ejemplar dedicado a: La lucha contra la corrupción), p. 35-41.
- L. J. Parejo Alfonso, “Urbanismo temporal, derecho a la ciudad y marco estatal de las políticas urbanas”, *Práctica urbanística: Revista mensual de urbanismo*, ISSN 1579-4911, Nº 136, 2015, p. 6-16.
- L. J. Parejo Alfonso, “La construcción del espacio: una introducción a la ordenación territorial y urbanística”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

- L. María Díez Picazo, “Sistema de derechos fundamentales”, 4ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2013.
- L. Roberto Barroso, “O direito Constitucional e a efetividade de suas normas”, São Paulo, Renovar, 2006.
- L. Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”, *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 09, mar./abr., 2007.
- L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo”, São Paulo, Saraiva, 2009.
- L. Roberto Barroso, “Curso de Direito Constitucional contemporâneo – Os Conceitos Fundamentais e a Constituição do Novo Modelo”, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015.
- L. Tribe, “American Constitutional Law”, Mineola, New York. 1978.
- M. Angel Berçaitz, “Problemas jurídicos del urbanismo: restricciones – Servidumbres – Expropiación. Remédios Administrativos, Remédios jurisdiccionales, Legislación local”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1972.
- M. Angel Ramos Sánchez, “La participación ciudadana en la esfera de lo público”, in: *Revista Espacio Público*. España, 2009.
- M. Astrid Muñoz Guijosa, “El derecho de propiedad del suelo: de la constitución a la ordenación urbana”, Madrid, Thomson Reuters, 2009. p. 41.
- M. Bassols Coma, “Estudio introductorio: la ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda en Cataluña”, in: J. Ponce Solè; D. Sibina Tomàs (Coordinadores), *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008.
- M. Beltrán de Felipe, “La intervención administrativa en la vivienda: aspecto competencial, de policía y de financiación de las viviendas de protección oficial”, Valladolid, Lex Nova, 2000.
- M. Castells, “A questão urbana”, 6ª ed., Trad.: Arlene Caetano, São Paulo, Paz e Terra, 2014.
- M. de Carvalho Netto, “A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito”. In: Marcelo Cattoni de Oliveira (Org.), *Jurisdição e Hermenêutica constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.
- M. Duverger, “Instituciones políticas y derecho constitucional”, 5ª.ed., Barcelona, Ariel, 1970.
- M. García Pelayo, “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- M. Hauriou, “Derecho Público y Constitucional”, 2ª ed., Madrid, Reus, 1972.
- M. Lúcia Azevedo Leonardi, “A Educação Ambiental como um dos instrumentos de superação da insustentabilidade da sociedade atual”, in: C. Cavalcanti (Org.), *Meio ambiente desenvolvimento sustentável e políticas públicas*, São Paulo, Cortez, 2002.
- M. María Díez, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963. p. 130.
- Montesquieu, “Del Espíritu de las Leyes”, Editorial Tecnos, 1972.
- M. Paula Dallari Bucci, “Direito administrativo e políticas públicas”, São Paulo, Saraiva, 2002.

- M. Paula Dallari Bucci, “O conceito de políticas públicas em direito”, *in*: M. Paula Dallari Bucci (Org.) “Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico”, São Paulo, Saraiva, 2006.
- M. Rios; B. Souza Costa, “A Cidade, o Contexto Urbano e os Impactos Ambientais”, *in*: M. Rios; Newton Teixeira Carvalho (Coords.), *A Cidade Real e a Cidade Ideal em uma reflexão interdisciplinar*, Belo Horizonte, Del Rey, 2014. p. 39-68.
- M. Rios; F. Lage Tolentino, “A propriedade urbana e sua função social”, *in*: B. Souza Costa; É. Vilas Boas Reis, *Direitos Fundamentais aplicados à Cidade*, Belo Horizonte, Del Rey, 2015. p. 77-98.
- M. Santos, “Tendências da Urbanização brasileira no fim do século XX”, *in*: A. Fani Alessandri Carlos (Org.), *A cidade e o urbano*, São Paulo, EDUSP, 1994.
- M. Santos, “O espaço da cidadania”. Brasília, Fundação Ulysses Guimarães, 2013, disponible en: <http://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/img-pdf/1440003461-1398280172-vol-03-milton-santos.pdf>. Acceso el: 25 ene. 2017.
- M. Vaquer Caballería, “Las ordenanzas y los planes municipales”. En Derecho urbanístico de Castilla-La Mancha/coord. por Luciano José Parejo Alfonso, 1999, p. 237-274.
- M. Vaquer Caballería, “El nivel estatal y la vivienda y el urbanismo”, *Cuadernos de derecho local*, Número 7, 2005, p. 23-28.
- M. Vaquer Caballería, “Constitución, Ley de Suelo y ordenamiento territorial y urbanístico”, *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 15, 2007.
- M. Vaquer Caballería, “La Eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011.
- M. Vaquer Caballería, “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Setiembre/diciembre, 2011.
- M. Vaquer Caballería, “El urbanismo supramunicipal: su auge, su necesaria diferenciación de la ordenación del territorio y sus límites”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, nº 7, 2012 (Ejemplar dedicado a: Enero-Junio), p. 115-138.
- M. Vaquer Caballería, “Derecho a la vivienda, dignidad de la persona y garantía de un mínimo vital”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Nº 48, 2014, p. 34-39.
- M. Vaquer Caballería, “Derecho a la vivienda, dignidad de la persona y garantía de un mínimo vital”, *Gaceta sindical: reflexión y debate* nº 23, 2014 (Ejemplar dedicado a: Por una reforma constitucional), p. 329-342.
- M. Vaquer Caballería. “El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente”. Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, Nº 32, 2015, p. 121-154.
- M. Vaquer Caballería, “El derecho a la vivienda en su relación con los derechos a la ciudad y al medio ambiente”, *in*: N. Teixeira Carvalho; E. Vilas Boas Reis; M. Rios, *Estado de Exceção Ambiental*, Belo Horizonte, Del Rey, 2015.
- M. Vaquer Caballería, “El desgobierno del territorio – Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo”: Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de

Profesores de Derecho Administrativo, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012/José Luis Piñar Mañas (dir.), 2016, p. 257-296.

M. Vaquer Caballería. “El Gobierno del territorio. Propuestas para superar su insatisfactoria distribución competencial”. “Memorial para la reforma del Estado: Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado / coord. por José María Baño León, Vol. 2, 2016 (Tomo II), p. 1785-1804.

M. Vaquer Caballería. “Corrupción pública y ordenamiento jurídico”, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Directores: Manuel Villoria Mendieta, José María Gimeno Feliú, Julio César Tejedor Bielsa, Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2016, p. 125-140.

M. Vaquer Caballería, “La consolidación del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la última década”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, Año nº 51, nº 311, 2017 (Ejemplar dedicado a: Especial 50 aniversario), p. 499-525.

M. Vaquer Caballería, “Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital: algunas propuestas”, disponible en: http://www.academia.edu/25402564/Derecho_a_la_vivienda_y_garant%C3%ADa_de_un_m%C3%ADnimo_vital. Acceso en 2016.

N. Bobbio, “O futuro da democracia (uma defesa das regras do jogo)”, Trad. Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1986.

N. Bobbio, “A era dos direitos”, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

N. Saule Junior, “A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares”, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 2004.

N. Taylor, “Urban planning theory since 1945”, London, Sage, 1998.

O. Hoffe, “A Democracia no mundo de hoje”, Trad.: Tito Lívio Cruz Romão, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

O. Mayer, “Derecho Administrativo Alemán”, Buenos Aires, Depalma, 1949. p. 73.

O. Medauar, “Direito Administrativo Moderno”, São Paulo, Editora RT, 2000.

Organização das Nações Unidas – ONU, Declaração Universal de Direitos Humanos, disponible en: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acceso el: 20 ene. 2017.

P. Bonavides, “Do estado liberal ao estado social”, 5ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1993.

P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

P. Bonavides, “Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)”, *Estud. Av.* v. 18, n. 51, São Paulo, May/Aug 2004, p. 127-150, 2004. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acceso el: 10 jun. 2016.

P. Bonavides, “A quinta geração de direitos fundamentais”. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, v. 2, n. 3, p. 82-93, abr./jun. 2008.

P. Bonavides, “Teoria Geral do Estado”, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2012.

P. Bonavides, “Curso de Direito Constitucional”, 29ª ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

P. Bonavides, “Ciência política”, São Paulo, Malheiros, 2016.

- P. Bonavides; P. de Andrade, “História Constitucional do Brasil”, 5ª ed., Brasília, OAB, 2004.
- P. Häberle, “El Estado constitucional”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2007. p. 401.
- P. Lucas Verdú, “La lucha por el estado de derecho”, Bolonia, Real Colegio de España, 1975.
- P. Marie Nicolás León Duguit, “Fundamentos do Direito”. Trad.: Márcio Puglisi, São Paulo, Martin Claret, 2013.
- P. Otero, “Legalidade e administração pública”, Coimbra, Almedina, 2007.
- Prefeitura de Belo Horizonte. “Política Municipal de Habitação”, disponible en: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/noticia.do?evento=portlet&pAc=not&idConteudo=44183&pIdPlc=&app=salanoticias>>. Acceso el: 20 ene. 2017.
- P. Sávio Peixoto Maia, “Rudolf Smend e os direitos fundamentais como integração: esboço para uma crítica da fundação axiológica dos direitos”, disponible en: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2010/02/arquivo-3.pdf>>. Acceso el: 20 abr. 2016.
- R. Alexy, “Teoría de los derechos fundamentales”, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- R. Alexy, “Teoria dos direitos fundamentais”, 2ª ed., 2ª tir., Trad.: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2012.
- R. Alexy, “Teoria dos Direitos Fundamentais”, 5ª ed. alemã, trad.: Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.
- R. A. Posner, “Direito, Pragmatismo e Democracia”, Trad.: Teresa Dias Carneiro, Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- R. de Agapito Serrano in: E. Wolfgang Bockenforde, “Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia”, Traducción: Joaquín Gallego, Madrid, Trotta, 2000.
- Real Academia Española, disponible en: <<http://www.rae.es/>>. Acceso el: 23 jul. 2015.
- R. Lobo Torres, “O Mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais”, In C. Pereira de Sousa Neto; D. Sarmento (Coords.). *Direitos Sociais, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.
- R. Ronik, “Estatuto da cidade: novas perspectivas para a reforma urbana”, disponible en: <<http://www.polis.org.br/uploads/833/833.pdf>>. Acceso el: 20 ene. 2017.
- S. Borgia Sorrosal, “El derecho constitucional a una vivienda digna: régimen tributario y propuesta de reforma”, Madrid, Safekat, 2009.
- Secretaria Nacional da Habitação, Ministério das Cidades – “Guia para Delimitação e Regulamentação de Zonas Especiais de Interesse Social ZEIS de Vazios Urbanos”, 2009.
- S. Muñoz Machado, “La reserva de jurisdicción”, La Ley. Grupo Wolters Kluwer, 1989.
- T. Ramón Fernández, “De la arbitrariedad de la administración”, 5ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2008.
- T. Rosa Bustamante, “Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 171, 2006.
- V. Marcos Caballería, “La eficiencia y la efectividad del derecho a la vivienda en España”, Madrid, Iustel, 2011.

V. Carvalho Pinto, “Direito urbanístico – Plano Diretor e Direito de Propriedade”, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.

V. Carvalho Pinto, “Direito Urbanístico. Plano Diretor e Direito de Propriedade”, 4ª ed., São Paulo, Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2014.

T. Vicente Giménez, “La exhibilidad de los derechos sociales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

ANEXO

Anexo 1 – Proposta de Pesquisa de Campo

Confirmación de la eficacia del acceso al derecho a la vivienda social a través de la política pública de regularización territorial urbana, en asentamientos irregulares, en el municipio de Belo Horizonte/Minas Gerais, 2016.

Justificación

Se trata de confirmar la eficacia del acceso al derecho a la vivienda social, por el método cualitativo, sin tener en cuenta la evaluación social y económica de la política pública, que sustenta la siguiente hipótesis de pesquisa: La política pública de regularización territorial urbana para vivienda social no tiene una eficacia suficiente debido al incumplimiento de los principios de la dignidad humana y de la eficiencia pública al ejecutar la política. En este sentido las entrevistas sirven para comprobar la importancia de los referidos principios dirigidos a la eficacia del acceso al derecho a la vivienda previsto en el artículo 6º de la Constitución de 1988.

Premisas:

- 1) El Estado brasileño propuso una política pública de regularización territorial urbana dirigida a la población de baja renta que tiene como objetivo el acceso al derecho a la vivienda social;
- 2) La política pública de regularización territorial urbana es responsabilidad del Ayuntamiento que la ejecutará con la participación económica de la Unión;
- 3) El objetivo de la política de regularización territorial urbana es atender la determinación constitucional que garantiza el acceso al derecho a la vivienda social previsto en el artículo 6º de la Constitución de 1988.

Espacio temporal – 2000 a 2015

Dimensión de la pesquisa:

- 1) Comprobación – pesquisa libre que trata de observar la presencia y el impacto de los principios de la dignidad humana y de la eficiencia en la ejecución de la política pública de la vivienda social.
- 2) La investigación es cualitativa y tiene como objetivo fundamentar y fortalecer el argumento científico de la investigación.
- 3) Aspectos evaluados en la política de regularización territorial:

- a) Impacto social sobre la vida de los beneficiados y de la calidad de la intervención pública (agente público), en la participación (beneficiado), en la ejecución y monitoreo (fiscalía y defensoría);
- b) Percepción de los agentes públicos, beneficiados, fiscalía y defensoría sobre la eficacia de los principios de la dignidad humana y de la eficiencia pública en la política de regularización territorial urbana.

Método: Es el cualitativo y está compuesto por entrevistas semi- estructuradas con gestores públicos, beneficiados, fiscales y defensores conectados directamente en la ejecución de la política.

Aspectos tratados en las entrevistas:

- 1) Qué es lo que se espera de la política pública de regularización territorial urbana
- 2) Qué se entiende por ejecución y monitoreo de la política pública de regularización territorial urbana en los asentamientos irregulares
- 3) Características reales en la ejecución de esta política
- 4) ¿Esta política pública es viable?, si no lo es, ¿por qué no lo es?
- 5) Sugerencias para perfeccionar esta política pública
- 6) En la política pública de regularización territorial urbana se tiene en cuenta la dignidad humana y la eficiencia pública

Anexo 2 – Informe y entrevistas realizadas

Con el fin de ayudar a configurar el problema objeto de esta investigación y, al mismo tiempo, la explicación y la afirmación o la refutación de nuestra hipótesis hicimos un trabajo de campo con entrevistas libres dirigidas a personas que trabajan con la regularización territorial urbana en áreas de interés social, entre los meses de octubre de 2015 a junio de 2016. Los aspectos tratados en las entrevistas, anexo 1, no siguen el formato de preguntas y respuestas sino una conversación más libre. Sin embargo, estuvimos atentos a los aspectos definidos en la propuesta de trabajo, como puede verse en el relato de los encuestados. Así, en primer lugar, hacemos un informe de las entrevistas y, en segundo lugar, añadimos las entrevistas en su forma original.

1 Informe de las entrevistas libres

Las entrevistas realizadas tienen como objetivo comprender como las políticas públicas de vivienda se implementan desde la perspectiva de la dignidad humana y la eficiencia pública, de acuerdo con los principios fundamentales y el derecho fundamental social a la vivienda conforme a lo dispuesto en la Constitución. Estas entrevistas siguen en su forma original, es decir, en portugués y fieles a las declaraciones de las personas.

Se entrevistaron a 8 residentes de asentamientos irregulares que también son líderes en la comunidad; dos defensores públicos, dos miembros del Ministerio Público y una supervisora de una empresa constructora que tiene una línea de producción dedicada a la construcción del proyecto “*Minha Casa, Minha Vida*” del Gobierno Federal. Por lo tanto, la encuesta cuenta con la participación de representantes de la Defensoría Pública de Minas Gerais, el Ministerio Público de Minas Gerais para la Defensa de los Derechos Humanos, el Ministerio Público de Minas Gerais de Urbanismo y Vivienda, la empresa promotora y, por último, los beneficiarios de las políticas públicas de vivienda que viven en asentamientos irregulares beneficiados por el programa “*Minha Casa, Minha Vida*” o en asentamientos irregulares que todavía no han sido beneficiados.

A partir del material recogido es posible demostrar, en primer lugar, que el gran déficit habitacional tiene una vertiente cuantitativa y otra cualitativa. La cualitativa, desde el punto de vista de los encuestados, está generada por la mala organización y ejecución de las políticas públicas de regularización territorial urbana que tiene su origen en el éxodo rural, cuando comienza la ocupación del espacio urbano y aumenta el valor de la propiedad. Por

esta razón es evidente que este aspecto cualitativo del déficit debilita la obligación pública de promover y proteger el derecho a la vivienda a través de la política de regularización territorial.

En este contexto, el poder público trata de ejercer la función de promover y proteger, es decir, para garantizar el acceso y la protección de la vivienda trata de remediar este fallo a través de programas públicos como “*Minha Casa, Minha Vida*” (Programa Federal) y “*Vila Viva*” (Programa Estatal) que, aunque no es perfecto, es importante en la lucha contra la violación del derecho a la vivienda. Sin embargo, muchas veces, las leyes y las políticas públicas son ejecutadas en un proceso que, a menudo, confunde la función pública de la función privada y de la comunidad. Es decir, el Estado se deja controlar por el sector privado, las empresas promotoras, confunde su relación con la comunidad beneficiaria en un proceso de donación, sin tener en cuenta y dejar claro el papel de la comunidad en el proceso de implementación de las políticas públicas.

La opinión de los encuestados es que el buque insignia de las políticas públicas de vivienda implementadas se centran, principalmente, en las intervenciones urbanas de barrios pobres y “*favelas*” con la aplicación de un plan integral específico que dicta directrices para que sean ejecutadas, aunque no se soluciona en su conjunto el problema del derecho a la vivienda conforme está previsto en la Constitución Federal.

Dado que el derecho a la vivienda consiste no sólo en tener una vivienda, sino también tener unas condiciones de vida dignas, por ejemplo, el acceso a servicios básicos de saneamiento, la educación, el trabajo, la salud y el transporte público, se supone que este tipo de intervenciones cumplen con el papel del ente público, ya que, por ejemplo, al promover la evacuación de un área de riesgo o la expropiación por obra pública se pueden dar mejores condiciones a las personas reasentadas.

Sin embargo, en las entrevistas nos damos cuenta que no se aplican, debidamente, las políticas públicas y, por lo tanto, se observa el incumplimiento de la eficiencia pública y la dignidad humana. Muchas veces los planeamientos realizados son abusivos, las personas que sufren el desalojo o la expropiación no quieren cambiar de residencia o incluso ni siquiera pueden permitirse vivir de una manera más digna, puesto que las indemnizaciones ofrecidas por la vivienda son absolutamente insuficientes y, además, por el simple hecho de que una obra pública se realice en una “*favela*” no se puede considerar que las personas que todavía viven allí, sin condiciones mínimas, lo hagan de una forma digna ya que en lo que se refiere al derecho a la vivienda el gobierno las deja a su propia suerte.

Las políticas públicas, en su mayoría, sólo abordan el déficit habitacional cuantitativo, por ejemplo, el programa “*Minha Casa Minha Vida*”, en estos programas hay unos requisitos burocráticos, una serie de criterios que deben evaluarse, una fila para tener acceso a la vivienda y, además, las cuentas de la comunidad de vecinos y gastos provenientes del traslado para una estructura vertical. A veces, el cumplimiento de todos estos requisitos y pagos puede ser muy difícil para las personas, lo cual hace imposible su amplia efectividad.

Una de las críticas a este sistema que aparece en las entrevistas es la falta de una acción efectiva del poder público, teniendo en cuenta que sólo la construcción de nuevas viviendas sin una política interdisciplinaria de carácter universal no contribuye para cambiar la condición social y, mucho menos, resolver el problema del derecho a la vivienda, ya que es imposible solucionarlo sin la primacía de la dignidad humana que, en el contexto de las entrevistas, requiere una inversión en la regularización y organización territorial urbana en su conjunto.

Hay programas sociales implementados en casos de desalojos por obras públicas o viviendas en situación de riesgo, por ejemplo “*Vila Viva*”, en estos casos las personas, en el momento de salir de su casa, optan por la indemnización de su casa o por el reasentamiento. En tales casos hay personas que optan por el reasentamiento y se muestran satisfechas debido a que la condición de la vivienda anterior era muy precaria, pero también hay muchas personas a las que no les gusta, entre otros factores, debido a cómo se hace el cambio, la distancia entre el lugar donde vivía y el lugar del reasentamiento, la vivienda nueva no es compatible con el número de residentes de la familia, etc. Por lo tanto, incluso los beneficiarios de los programas acaban por abandonar el programa, venden el piso y compran otra vivienda o vuelven al asentamiento irregular, lo que sólo profundiza el problema de la ineficiencia pública y de la dignidad humana.

En este punto, las entrevistas señalan que la mejor forma de resolver el gran déficit habitacional y la regularización territorial urbana es no dejarlo todo a cargo del municipio, sino que se trate la situación como un problema metropolitano, no sólo como responsabilidad del municipio sino también del Estado y de la Federación. El problema de la vivienda tratado como un problema metropolitano no se resuelve de una forma separada de la solución de otros derechos del ciudadano, por ejemplo, el transporte público, ya que, aunque sea necesario construir varios edificios en regiones metropolitanas para promover una organización territorial urbana, un transporte público adecuado permite que las personas tengan acceso al centro de la ciudad, a su trabajo y a la escuela de sus hijos con dignidad.

Por lo tanto, pensar en el problema de la vivienda en conjunto y de forma interdisciplinar, universal a otros derechos y políticas, con la resolución y la inversión en otras áreas de servicios y derechos de los ciudadanos es de suma importancia para cumplir con la dignidad humana y la eficiencia pública ya que brinda la posibilidad de realizar una regularización territorial urbana de manera más amplia y que también contribuye a la expansión organizada de la ciudad y de la economía en general.

Un aspecto común de todos los encuestados es que hay una firme voluntad de resolver el derecho a la vivienda como un requisito previo para la promoción de la dignidad humana, el crecimiento de las ciudades y el desarrollo económico. En este sentido, el Ministerio Público de la Vivienda dice que su trabajo consiste en la aplicación de la ley y el cumplimiento de la política habitacional del municipio. Sin embargo, se prevé que, incluso, cuando hay una ocupación irregular, además de la violación de la ley por parte del particular, también hay una violación por parte del municipio que es negligente en su deber de controlar y prevenir la parcelación ilegal y, por lo tanto, también es responsable. De esta manera se entiende que la asignación de áreas para la ocupación social, con la debida parcelación del terreno, sería un gran avance para el problema de la vivienda de los municipios, sobre todo, porque crearía un incentivo para la inversión de políticas habitacionales locales y tendrían menos prioridad las políticas habitacionales federales, que a menudo no tienen en cuenta la realidad de las ciudades pequeñas.

Las entrevistas señalan, más allá de esta realidad, que los municipios han abandonado sus políticas locales para trabajar sólo con las políticas federales y que esto provoca un gran impacto en la ciudad en su conjunto, ya que no se lleva a cabo una reorganización territorial urbana, no se trabaja con el planeamiento de reducir el déficit habitacional y, muchas veces, no es efectivo porque muchas personas que serían capaces de cumplir los requisitos de un programa municipal o estatal, no consiguen cumplir los requisitos de un programa federal, por lo que quedan desamparadas e incapaces de adquirir una vivienda digna y regularizada.

También es importante señalar que, a pesar de la violación originaria del derecho a la vivienda, no se defienden ocupaciones irregulares no consolidadas porque el mantenimiento de estas no significa que se garantice el derecho a una vivienda digna, ya que implica violar la ley de ocupación del suelo, el plan urbanístico y el medio ambiente urbano. Se necesita la aplicación eficaz y efectiva de las políticas públicas habitacionales para incluir a las personas en los programas y cambiar esta línea de pensamiento “permisiva/tolerante” para tratar de

encontrar una mejora real en las condiciones de vida de las personas para que, de hecho, tengan acceso a una vivienda digna y a otros derechos fundamentales. Crear políticas habitacionales que garanticen el acceso a los derechos fundamentales a largo plazo es cumplir con la eficiencia pública y la dignidad humana.

Además, se explica que el reasentamiento de los residentes, a través de las políticas públicas, generalmente solo tiene lugar en tres casos: persona que vive en la calle, persona que vive en una situación de riesgo y el desalojo de la persona por obras públicas. Por lo tanto, en el caso de las ocupaciones irregulares no siempre hay una promesa de reasentamiento, ya que las personas que ocupan están involucradas en el conflicto posesorio en el que judicialmente se encuentran, en casi todos los casos, la dirección de análisis solo se centra en el código civil patrimonialista porque, en el poder judicial, no hay un gran conocimiento del ordenamiento jurídico urbanístico, el “*Estatuto da Cidade*” de 2001.

Otro aspecto revelado en las entrevistas, desde esta realidad de las ocupaciones que con el tiempo se convierten en asentamientos irregulares consolidados, señala que a partir del momento en el que el poder público no garantiza el derecho o el acceso a la vivienda, las personas se ven obligadas a buscar una vivienda de la forma que pueden, sea en lugares de riesgo o sea ocupando terrenos abandonados. Por lo tanto, es una violación no verificar el derecho y la dignidad humana de los ocupantes que solo tratan de encontrar su derecho a la vivienda y dan una función social a la zona debido a la inercia y la omisión del poder público.

En contrapartida, tal como se expone en las entrevistas, la función social de un área no solo se cumple mediante la construcción de viviendas o edificios, sino que puede ser el mantenimiento del terreno *in natura* para evitar, por ejemplo, la degradación del medio ambiente. Así que, a veces, es necesario cambiar el enfoque del derecho a la vivienda para respetar la ley y los principios fundamentales, porque el derecho del propietario del área tampoco puede ser violado. Sin embargo, se deben crear herramientas y programas para que los ocupantes ilegales también tengan sus derechos protegidos y el acceso completo al derecho a la vivienda.

Un asunto tratado por las defensoras públicas es que para decir que una casa es digna tiene que haber, además de un techo, condiciones adecuadas de acceso a la infraestructura, por ejemplo, agua, electricidad, transporte, salud, educación y trabajo. Sin embargo, hoy en día los programas habitacionales en la ciudad de Belo Horizonte tienen problemas de gestión ya en la construcción del propio edificio, es decir, no podemos decir que la vivienda ofrecida por el reasentamiento no es digna, pero es posible decir que algunos edificios están hechos con

materiales endebles y existe la preocupación de que estas viviendas pueden convertirse en grandes áreas de riesgo en el futuro, ya que además de la fragilidad de las estructuras arquitectónicas, desde el momento en que esta casa se convierte en propiedad privada el ente público no interviene o inspecciona más las unidades habitacionales que acaban marginadas. En este caso, se plantea el problema de la omisión del ente público en el seguimiento de su propio programa social, lo que debe hacerse para asegurar la efectividad del programa y de las viviendas concedidas a largo plazo.

Sin embargo, se dice que existe un déficit del derecho a la ciudad en su conjunto. Hay un déficit del derecho a la vivienda de una manera general, pero también se observa un déficit del derecho a la vivienda por una omisión del estado durante décadas y los programas sociales, por ejemplo “*Minha Casa, Minha Vida*” y “*Vila Vida*”, no suplen/remedian todos los problemas causados, porque se ha convertido en un programa que solo tiene como objetivo la construcción de viviendas sin realizar la parcelación/división del suelo o una regularización y organización territorial urbana para atender todos los campos. En realidad, el beneficio de las empresas constructoras, el flujo del mercado de trabajo y la influencia política son los objetivos principales, mucho más que la dignidad humana de las personas.

Se sugiere, como una posible solución a este problema, un análisis más detallado del déficit habitacional. La necesidad de analizar todo lo que se ha hecho en términos de leyes y políticas públicas, hacer un estudio histórico y una investigación con las personas involucradas para conocer los beneficiarios de los programas habitacionales antes de su aplicación, ya que primero es necesario entender lo que en realidad significa el derecho a la vivienda previsto en la Constitución, tratar de comprender por qué está siendo violado y cuáles son las necesidades reales de las personas que no tienen acceso a este derecho.

Además, es necesario un diálogo entre los diferentes entes porque la Federación, el Estado y el Municipio tienen la responsabilidad conjunta de garantizar el derecho a la vivienda, y este sólo puede ser garantizado por el principio de la eficiencia pública si es realizado por todos los entes en conjunto con el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

Es importante aclarar que también se realizaron entrevistas a las personas que viven en “*favelas*” y a las personas que son beneficiarios de las políticas públicas habitacionales. En este punto, las opiniones discrepan en las prácticas políticas y convergen en el posible cumplimiento de la eficiencia y de la dignidad como un aspecto importante de la efectividad del derecho a la vivienda.

Por una parte, hay personas que dicen que las políticas públicas son eficaces y que el desalojo o la expropiación, de la forma en que se realiza, aporta dignidad humana, ya que, aunque la indemnización ofrecida por el terreno sea muy pequeña, la vivienda ofrecida por el ente público aporta mejores condiciones para una vida digna y aumenta el acceso a las vías públicas, los servicios esenciales, la salud y el ocio. Por otra parte, otras personas entienden que las políticas públicas son ineficaces, en primer lugar, porque muchas veces carecen de la comunicación y el intercambio de información entre los residentes y el ente público y por eso es imposible que los programas cumplan las más variadas realidades sociales. En segundo lugar, porque la indemnización por el terreno es insuficiente y los informes realizados por el ayuntamiento no tienen en cuenta la realidad. En tercer lugar, debido a que algunos programas sociales exigen el cumplimiento de varios requisitos burocráticos lo que hace que las políticas habitacionales tengan un difícil acceso. En cuarto lugar, porque incluso en los programas en los que el reasentamiento se realiza correctamente, el poder público no cumple adecuadamente con la obligación establecida en su propio contrato, que es dar a las familias el registro y la escritura de la vivienda después del plazo establecido en el contrato, que suele ser de dos años, existen relatos de familias que después de vivir durante cinco años en la vivienda todavía no tienen los documentos que comprueban la propiedad del inmueble.

Una cuestión planteada en las entrevistas es que en lugar de realizar una obra pública, por ejemplo construir una calle en una “*favela*” y un edificio de baja renta al lado, se debe hacer un proyecto para regular toda la zona para poder desocupar toda el área mediante el pago de unas indemnizaciones adecuadas y construir varios edificios en la región que garantizarían miles de viviendas, promovería la organización territorial urbana y la parcelación del suelo y ayudaría a mover la economía y combatir el déficit habitacional.

Esto sí sería respetar la dignidad humana y la eficiencia pública, porque las intervenciones resuelven el derecho a la vivienda local y para pocas personas y para otras personas que siguen viviendo sin dignidad en las “*favelas*” no se hace nada, solo obra pública. Además, personas que siguen viviendo en la calle, zonas de riesgo o en reasentamientos apartados no logran mejorar su situación social debido a la negligencia absoluta del ente público para hacer leyes, políticas públicas o programas habitacionales capaces de combatir directamente el déficit habitacional.

El derecho a la vivienda es un derecho constitucional que requiere una acción positiva del Estado en la creación de leyes y políticas habitacionales que lleven a cabo el acceso a la vivienda que debe ser considerado como una norma programática de aplicación

inmediata, sin embargo, la realidad es que sufre una constante violación debido a la omisión del poder público, además de unas políticas públicas de vivienda ineficaces, ya que tienen en cuenta, cuantitativamente, sólo parcialmente la eficiencia pública y la dignidad humana y no contribuyen a la realización del derecho a la vivienda conforme a lo dispuesto en la Constitución Federal.

2 Las entrevistas en la forma original

Entrevista com Dona Maria – Moradora do Aglomerado Santa Lucia, Belo Horizonte/MG

Pesquisadora: Qual seu nome?

Maria: Maria.

Pesquisadora: A senhora está aqui na ocupação há quanto tempo?

Maria: Ah, meu Deus, tem mais de 50 anos que eu moro aqui.

Pesquisadora: A senhora que construiu a sua casa?

Maria: Foi eu que construí. Comprei na casa do moço que morava nessa casa grande aí e fui eu que fiz, era tudo Madeirit mas eu que fiz.

Pesquisadora: E quando a senhora chegou aqui já tinha muitas casas?

Maria: Não, quando eu cheguei aqui só tinha aquela casa grande ali e dessa menina aqui embaixo só e tinha um menino que morava ali onde aquele pessoal está morando, aquela casa *mais pequena* ali, mas era só, não tinha ninguém... ninguém porque era tudo lixo, tudo aqui era lixo.

Pesquisadora: Vocês que foram construindo tudo mesmo, *né*?

Maria: É e depois eles foram chegando aí e construíram e ficaram uns tempos aí até que começou essa *quebração* aqui, quebrou e saiu tudo, mas eu fiquei, entendeu? Mas a casa mais velha que tem aqui é desses meninos aí.

Pesquisadora: E a senhora também não tem registro da casa nem nada, *né*?

Maria: Registro?

N: É. Como se a senhora comprasse um apartamento e tivesse o registro do apartamento.

Maria: Eu sei, mas eu não tenho não, filha.

Pesquisadora: E o governo faz algo pra ajudar na regularização da moradia? Ou vocês que fazem tudo mesmo com o trabalho de vocês?

Maria: Fiz com muito trabalho, minha filha, deu um trabalho danado pra fazer porque quando eu comprei era tudo Madeirit né, aí eu fiz quatro cômodos, um banheiro lá atrás e vendi aquela de lá e agora quando vendi pros meninos [som incomprensível] mas agora eles tiraram eles, *né?*

Pesquisadora: E quantas pessoas moram aqui?

Maria: Aqui nessa casa aqui, dentro de casa, é só dois. De morar é só dois. Agora, particular é mais de onze.

Pesquisadora: E o pessoal está querendo te tirar daqui e te levar lá *pros predinhos, né?*

Maria: É. Eles estão, e eu *tô* até com medo, vem cá! *Chega aqui pra você vê, ó!*

Pesquisadora: Eles já te pagaram a indenização pela sua casa?

Maria: Já me deram, estão me dando cheque mas eu não peguei não, filha. Olha aí ó, eu *tô* aqui é correndo muito risco, muito risco mesmo. Tem essa *barbeiragem* aqui em cima da minha casa, muro aqui *tá tudo lascado*, olha a parede aqui como que *tá tudo rachado*, lá dentro de casa *tá tudo rachado*, tudo *tá tudo rachado*, mas pra lá eu não *tô querendo* ir não.

Pesquisadora: Por quê? A senhora gosta daqui?

Maria: Primeiro porque eu gosto daqui, segundo porque eu tenho menino que tem que ser eu mesma pra cuidar dele, é um cachaceiro, ontem mesmo estava lá no meio da rua, tem que aguentar viu. Aí eu mesmo não consigo ficar em canto nenhum com ele não, prefiro ficar aqui porque já acostumaram com ele.

Pesquisadora: Porque aqui todo mundo conhece ele também, *né?*

Maria: É, todo mundo conhece ele, não ignora ele, como é que eu encontro outro lugar? Só sei que se eu for pra lá eu chego num dia e morro no outro. Eu vivo muito cansada demais, aí é a razão que eu falo que pra lá eu não quero ir não. Queria comprar uma casinha.

Pesquisadora: Aqui na ocupação mesmo?

Maria: É, se fosse pra eles me tirarem daqui eu queria comprar uma casinha num canto aí pra poder entregar eles a minha casa mas eu não estou achando. Quando eu encontro uma casinha sabe quanto que é? 100, 150 real, e eu tenho condição pra isso? Eu não tenho condição.

Pesquisadora: Quanto que eles te ofereceram pela casa? A senhora sabe?

Maria: Foi quanto? 43 ou 44 mil alguma coisa assim.

Pesquisadora: E esse dinheiro não dá pra construir ou comprar outra casa, *né?*

Maria: Não dá pra nada.

Pesquisadora: E eles chegaram aqui na casa da senhora e disseram que vão demolir a sua casa e que é pra vocês irem lá pro predinho?

Maria: Não, eles perguntaram se eu queria ir pra lá ou se eu queria o dinheiro entendeu? Eu fui e falei que se eu for sair daqui eu quero o dinheiro, mas ir pra lá eu não quero, eu não vou de jeito nenhum porque eu sei que se eu for eu não duro nada. Não dá pra eu ir pra lá não, eles tem que dar o jeito deles que eu não posso sair daqui não, que isso caia tudo em cima de mim ou que não caia, eu não tenho vontade de sair daqui não.

Pesquisadora: E você conhece gente que foi pra lá?

Maria: Se eu conheço? Conheço um tanto de gente. O pessoal daqui não que eles foram pra longe mas o pessoal ali da barragem tudo tudo foi pra lá.

Pesquisadora: E você sabe se eles estão gostando?

Maria: Ah... tem uma metade que diz que está gostando, mas tem outra metade que *ta* pelo amor de Deus porque não pode sair, já foi *né*, não pode sair porque falou que depois de 2 anos só que pode vender, mas dentro de dois anos que não pode vender, nem alugar nem emprestar nem nada *né*. Aí o pessoal fica obrigado a ficar lá.

(som incompreensível)

Pesquisadora: Mas é complicado *né*, porque o Estado não procura ouvir vocês *né*, eles já chegam falando que vocês têm que sair *né*...

Maria: Mas eles falaram comigo que não, que iam me deixar aqui quieta e sossegada, tô ouvindo dizer *né*, filha, porque a gente que vive só dentro de casa ouve tudo da boca dos outros *né*, mas eles disseram que o pessoal falou que não vão mais mexer aqui não, só que agora já tudo cavado *né*? Você viu ali? Olha ali pra você ver como que *tá* ali. Chega dali pra você ver *ó* onde que vai passar a rua.

Pesquisadora: Vai passar só ali, então não vai precisar passar por aqui não *né*?

Maria: Não. E agora vai sair embaixo de vez e falaram que vai parar, que agora não vai mexer mais não e não sabe quando que vai mexer mais, e que se as pessoas que saíram se quiserem fazer um barraco no mesmo lugar, de Madeirit só que pode fazer, mas de tijolo não porque já está indenizado, *né*. Vai ver que não vai mexer mais *né* filha.

Pesquisadora: Mas a senhora recebeu o dinheiro?

Maria: Recebi não. Eles trouxeram o cheque até no banco, foi e ligaram pra mim pra ir buscar mas eu não fui. Eu não peguei nada. Porque eu não tenho condição de sair daqui, meus parentes estão tudo longe, o mais perto, essa menina até sabe, mora ali no Taquaril e trabalho longe. Agora o resto tudo está pra São Paulo e eu e ele só que estamos aqui. Agora pra mim sair com ele pra outros cantos eu não arrisco sair não. Mas agora por aqui se eu achar uma

casinha pra comprar é melhor, mas esse dinheiro que eles dão não dá pra nada, qualquer casinha eles querem 100, 150 mil por qualquer coisa, não dá.

Pesquisadora: Os programas sociais não são suficientes, né?

Maria: É. Diz eles que o dinheiro acabou que eles não tem nada, mas isso é mentira. O dinheiro não acabou não mas eles falaram que não iam mais mexer aqui. Se eles sabiam que não iam mexer em tudo porque que eles tiraram tanta gente daqui? Aqui minha filha tô sozinha com Deus, tem três vizinhas ali, mas eles estão pra lá e eu tô pra cá. Meus filhos estão tudo sumido, eu não tenho pra onde ir.

Pesquisadora: A senhora quer é ficar aqui, né?

Maria: Eu quero ficar aqui mesmo. Quero que eles me falem o que é que vão fazer comigo pra eu consertar aqui, porque *tá tudo quebrado*, minha casa *tá toda quebrada*, mas eu não posso fazer nada aqui antes de ter certeza, né. Eu tenho que ter certeza se eu vou ficar aqui ou se eu não vou, mas lá pros predinhos eu não vou não.

Pesquisadora: E se a senhora for ficar aqui a senhora vai reformar sua casa?

Maria: É, eu vou dar um jeito de reformar o meu barraquinho, porque por enquanto eu não tenho condição de ir pra lugar pra nenhum.

Entrevista com Maria Lucineide – Moradora da Ocupação Torres Gêmeas, bairro Santa Tereza, Belo Horizonte/MG

Pesquisadora: você era moradora da ocupação *Torres Gêmeas*, Santa Tereza?

Maria Lucineide: Perfeitamente

Pesquisadora: E a senhora foi reassentada para o Barreiro pelo projeto *Minha Casa Minha Vida*?

Maria Lucineide: Antes de ir para o Barreiro e passei pelo programa *Bolsa Moradia*, uns 5 ou 6 anos, sem nenhum reajuste de aluguel e depois fui pro Barreiro/Diamante.

Pesquisadora: Pelo *minha casa minha vida*, pagando aluguel e prestações?

Maria Lucineide: Hoje a gente paga aluguel e prestações que segundo eles é o valor de 10% do salário, mas eu não, porque hoje eu estou impossibilitada de trabalhar, eu tenho dificuldade em estar pagando essa porcentagem e inclusive nós já passamos para a dra. Cleide (Defensora Pública) para resolver essa questão, porque vem a conta de água, de luz, do condomínio mais o valor da prestação.

Pesquisadora: E se não pagam as contas eles tiram do programa?

Maria Lucineide: O mais depressa.

Pesquisadora: E o que já havia sido pago? Perde?

Maria Lucineide: Perde tudo, fica tudo no bolso e nos cofres da prefeitura.

Pesquisadora: E se deixar de pagar uma ou duas prestações já se entra com o processo de despejo?

Maria Lucineide: Eu não sei como estão os processos hoje, mas eu acredito que é avisado as famílias, que elas são avisadas até entrar no processo judicial.

Pesquisadora: E quando a senhora estava na ocupação a senhora sabe como esse programa chegou lá? Isso foi imposto para as pessoas?

Maria Lucineide: Na verdade, eu morei na ocupação das *torres gêmeas* por uns 4 anos e essa ocupação já vem de uma longa data com 15 anos de luta e nenhum juiz queria reconhecer a situação dos moradores. O próprio prefeito em exercício, o Marcio Lacerda, falava que lá só tinha bandido, que só morava bandido, a conversa dele era só essa.

Pesquisadora: Eles só queriam tirar da área sem reassentar?

Maria Lucineide: Sim, só queria tirar da área sem reassentar nem nada. O que aconteceu foi que veio um juiz *caído do céu*, de nome dr. Manoel do Reis Moraes, e esse juiz veio de SP. Eu estive pessoalmente conversando com ele, na 6ª Vara da Fazenda, ele sentenciou o Estado a reassentar essas famílias no prazo de 1 ano, essa sentença foi clara mas não foi cumprida dentro desse um ano, arrastaram-se longos anos até essas famílias realmente serem reassentadas. Houve famílias que foram levadas para uns bairros outras foram para outros bairros, enfim, a família, cada uma saiu pra um canto. *Era quase* 200 famílias moradoras das *torres gêmeas*. Foi muito sofrimento até que o prefeito reconheceu a sentença. Para tirar essas família de lá foi muito doloroso. Até ocorreu um incêndio criminoso na área como forma de tirar aquelas famílias de lá. Como eram duas habitações, dois prédios, o incêndio ocorreu no prédio 100, o que eu morava era o 64 e lá não houve incêndio e as famílias continuaram lá, mas o processo todo de reassentamento foi uma luta muito grande. O poder público nunca reconhece o menos favorecido, ele só reconhece na época de eleição e nos cofres para arrecadação. A população menos favorecida que é a população de rua e famílias que estão em ocupações o poder público não reconhece, na cabeça deles é só ladrão e bandido. Não existe cidadão para eles ali.

Pesquisadora: Mas no momento de fazer a política pública e o reassentamento o Estado vem para ouvir a população? No caso de que, uma família tem 5 pessoas, a outra tem 3 pessoas, para ver a necessidade e mandar para lugares diferentes?

Maria Lucineide: Eu digo o seguinte: eles mostram para a sociedade *que ouve*, mas na realidade não ouve, eles não consideram isso, qual o número de pessoas nas famílias, eles não ouvem. Eu tenho uma amiga que ela foi para um apartamento pequeno de 2 quartos, ela tem 6 filhos, e está hoje morando muito apertadinho, e tem outra coisa que eu te digo, a prefeitura é tão covarde que, essa pessoa que eu estou te falando, foi presidente da associação de moradores das *torres gêmeas* e ela estava trabalhando enquanto a filha tinha iniciado um trabalho para custear a faculdade e quando a URBEL descobriu que as duas estavam trabalhando que a renda familiar ultrapassava R\$1600,00 a URBEL chegou para ela e falou que ela ia perder o apartamento.

Pesquisadora: eles não querem que as pessoas vivam melhor, *né?*

Maria Lucineide: Veja bem, ela teve que sair do trabalho abrindo mão do trabalho dela, que era assistente social, deixando a filha trabalhando porque ela tinha que pagar a faculdade, sendo que a mãe ao sair do trabalho registrado para dar faxina, porque a URBEL falou que se ela continuasse trabalhando, e a filha também, ela ia perder o apartamento. Então assim, a gente não tem perspectiva de vida. Eles criam as políticas públicas, mas na verdade o conselho de habitação não tem muito para onde correr porque não tem política pública, já que, o *bolsa moradia* é uma política pública, mas que nós cidadãos não temos o direito de manter. Não tem reajuste e nós não temos o direito de pedir o reajuste. No meu entendimento o conselho de habitação só tem essa política pública que é o *bolsa moradia* e não me lembro de outra.

Pesquisadora: e o *minha casa minha vida*?

Maria Lucineide: É, tem o *minha casa minha vida*.

Pesquisadora: Mas você acha que essas políticas públicas não são eficientes?

Maria Lucineide: Nunca são, na habitação não. Porque quem manda e quem rege é o prefeito e a assessoria dele que direciona, que manda uma família para cá e outra para lá. E aí tampa os ouvidos, ele não quer ouvir ninguém.

Pesquisadora: Ele não faz isso pensando no povo, numa melhor moradia, pensando numa melhor qualidade de vida, mas apenas para obedecer a lei.

Maria Lucineide: Não. Eu acredito que sim. E digo mais, essas famílias são muito discriminadas, a população das *torres gêmeas* hoje é muito discriminada pela URBEL. Quando vai alguém na URBEL que seja um simples morador ou mesmo um estudante de direito que vá lá buscar informação eles discriminam. Essa parcela de moradores que foi da *torre gêmeas* ou que são do *izidoro* ou de outra ocupação eles discrimina, ficam rindo,

debochando, falam que vão agir de maneira severa. Ou seja, eles discriminam de maneira que a gente que passou por tantas situações difíceis a gente fica penalizado.

Pesquisadora: Mas como a senhora havia dito, a senhora acha que hoje a senhora está morando bem porque a oportunidade de ter um imóvel seu já que paga prestação e pode ser registrado.

Maria Lucineide: Sim, mas entre aspas, porque a URBEL diz que o imóvel não é nosso ainda.

Pesquisadora: É porque se vocês deixarem de pagar vocês perdem né... É uma insegurança muito grande mas tem a oportunidade de um dia ter aquela propriedade. Mas na ocupação era dada alguma forma de registrar aquela moradia? Eles não consideravam aquilo como moradia e queriam apenas tirar vocês dali.

Maria Lucineide: Em momento algum eles tinham interesse em oferecer o registro dos imóveis.

Pesquisadora: Não tem qualquer auxílio ou fiscalização para saber a necessidade das famílias?

Maria Lucineide: Quanto à necessidade das famílias nunca.

Pesquisadora: Então as casas não têm qualquer tipo de registro e os programas não têm qualquer forma de participação popular ou fiscalização da moradia?

Maria Lucineide: Nada. A gestão de hoje, do prefeito, veja bem, famílias foram retiradas porque não acharam aluguéis que pudesse pagar. Hoje o aluguel é firmado por imobiliária e as famílias não tem condições de pagar uma imobiliária e cheques caução e nem mesmo condição de apresentar fiador. Por isso, muitas famílias da ocupação vão para abrigos, mas no abrigo você não acha condições. Nos abrigos as condições funcionam de maneira precária, lá as famílias convivem com ratos e baratas. Dra. Cleide foi no abrigo e pode *testificar*, ela conversou com pessoas nos abrigos e viu o descaso que é da prefeitura com as famílias O prefeito tampa os olhos e não quer saber.

Pesquisadora: Então não há qualquer observância da dignidade humana?

Maria Lucineide: Nunca. Isso aí é só no papel. Essa gestão nunca teve essa preocupação e a sua assessoria também não.

Pesquisadora: E está no papel entre aspas né? Porque muitas vezes os contratos são abusivos, vocês não têm acesso a todo o contrato, não cabe discussão quanto ao contrato?

Maria Lucineide: Não. Esse contrato, pras pessoas que são leigas e não tem conhecimento eu digo, e posso até estar pecando em falar dessa maneira, ele é fraudulento. Porque o contrato

que eu tenho inclusive tem várias páginas em branco e eles deixaram ali para as pessoas assinarem sem ter como fazer uma leitura dinâmica. E na verdade, as pessoas de baixa renda não tem paciência de ler todo o contrato, porque aparenta ser grande, mas foleando ali você observa que tem páginas em branco. No contrato da CEF existem folhas em branco e a gente vê que tem toda uma máfia entre a prefeitura e a CEF.

Pesquisadora: O estado teria a obrigação de garantir a moradia, mas isso não implica apenas em dar um teto, mesmo porque isso às vezes o Estado dá, como nos casos de reassentamento. Garantir o direito à moradia seria garantir além do teto um transporte público adequado, saneamento básico adequado, saúde, e é isso que a constituição prevê, uma moradia social e não apenas um teto.

Maria Lucineide: Sim, mas o estado pega as famílias e joga elas no fim do mundo, onde não tem educação, eu tenho crianças lá mas não tem creche e tem dificuldade no acesso. A prefeitura já sabia disso, a prefeitura tem dados, tem estatísticas sobre suas regionais. Nós temos 9 regionais em Belo Horizonte, a prefeitura tem tudo, ela sabe de tudo, mas ela fecha os olhos, ela não quer saber se eu tenho crianças que estão desamparadas. Essas crianças estão sendo marginalizadas hoje porque o próprio poder público não dá condições, não tem educação, não tem saúde, não tem os CRAS da vida e manda eles para ser social, mas eles não aplicam esse social. Não tem o CRAS, porque o CRAS existe para encaminhar as famílias. Então esta faltando o espaço físico da unidade. Onde eu estou por exemplo já foi visitado pelo Ministério da Saúde mas lá falta médico, lá falta tudo, embora o gestor da unidade local seja uma pessoa muito solicitada, mas ele não pode fazer mais, ele recebe ordens, ele não pode fazer muito. Lá para se conseguir uma consulta médica demora muito tempo, uns 5 ou 6 meses, então se a pessoa tiver que morrer ela morre, e outra coisa, a estação Diamante, que é a que eu uso lá, fecha meia-noite, então se você adoecer meia-noite ou uma hora da manhã fica por ali mesmo, porque não tem um carro e a estação está fechado. A pessoa morre. Tem que esperar amanhecer ou conseguir carona com algum vizinho, um vizinho de muito bom coração para conduzir essa pessoa doente até o pronto-atendimento

Pesquisadora: O problema de reassentar é que quando reassenta manda as pessoas para muito longe.

Maria Lucineide: Muito longe, sem qualquer auxílio nem nada. E outra coisa que eu estou esquecendo de falar, convém colocar o seguinte, a segurança não existe, porque a segurança lá está tudo no bolso da malandragem. É muito difícil tocar nessa parte da segurança porque as viaturas que passam pra lá, quando a PC ou PM é conivente com o tráfico que lá está. No dia

que eu mudei eu solicitei uma viatura para fazer a denúncia de uma ocorrência e eu tive que gastar muita saliva para conversar com os policiais, porque de maneira alguma *eles queria* fazer o BO e eu estou a pensar se eles realmente fizeram. Eles pegaram os meus dados, mas eu não tenho notícia, não me deram número de REDS nem nada, por isso que eu falo que a segurança é insuficiente, lá eu tenho diversos assaltos a mão armada, diversos assaltos a comércio. Quando não tem uma estatística lá as pessoas tem dificuldade em estar registrando esse BO e vai ficando no anonimato.

Pesquisadora: Qual o impacto a senhora acha que isso causa na vida das pessoas que moravam na ocupação e as que foram para o reassentamento?

Maria Lucineide: O impacto que está sendo criado e o sentimento que cria nas pessoas é a revolta, as pessoas ainda ficam revoltadas e buscam se marginalizar, e esse não é o caminho. Nunca é o caminho. Você tem sempre que estar buscando uma conciliação, de estar buscando um meio. Agora por exemplo eu estou aqui buscando conversar com o direitos humanos, com a representante dos direitos humanos porque ela intervém sempre nessas questões e age de maneira muito positiva. Eu tenho sempre que falar muito bem da Defensoria Pública e até mesmo do Ministério Público porque são essas pessoas e nesses laços que a gente vai criando com o Ministério Público e a Defensoria Pública dos direitos humanos que a gente vai se refrescar mais um pouco. Hoje por exemplo eu estou trazendo o problema das contas de água. A prefeitura e a construtora estão querendo jogar uma conta abusiva nas costas dos moradores. Isso não está certo. O morador já é de baixa renda, e vem uma conta de oitocentos reais, de dois mil reais e ainda te mandam ir na COPASA resolver sendo que eles é que causaram o problema com a COPASA, então é uma situação muito difícil. Os moradores não tem informação, foi difícil de buscar solução. E aí eles cortam água, cortam a luz porque eles são donos dessa situação.

Pesquisadora: Estado garante o direito à moradia das pessoas?

Maria Lucineide: Entre aspas. Essa garantia é porque o legislativo cobra, então é um direito garantido entre aspas porque eles empurram. É um direito regrado, que você vê que é a duras penas. Ele sabe que tem que garantir, mas na maneira deles e não como manda a constituição. Fazem de maneira desumana, de maneira covarde, empurra as pessoas pra lá, pra cá, eles que ditam as regras, não é? Como agora em que as pessoas estão sendo reassentadas eles dizem mandar um analista social para lá, que de social não tem nada, na verdade o que estou vendo é que a URBEL mandou esse funcionário pra lá pra vender serviço, porque acredito eu que ele já tenha uma empresa formatada, e que vão mandar porteiro, faxineiro de acordo com o valor

do condomínio que eles mesmo estabeleceram pras pessoas que são desinformadas. Isso inclusive foi votado e encontra-se em ata. A gente está tentando conversar isso com a dra. Cleide porque a convenção ela é universal, e a gente está tentando adequar a realidade dessa convenção à realidade social das famílias, e tem poucas pessoas que conhecem essa convenção, então tem várias questões que a gente tem que sentar e discutir.

Entrevista com Neusa – Moradora do Aglomerado Santa Lúcia, Belo Horizonte/MG

Pesquisadora: Seu nome é Neusa, certo? Você mora na barragem Santa Lúcia?

Neusa: Moro há 42 anos

Pesquisadora: E você sabe como começou a ocupação?

Neusa: A ocupação com o pessoal vindo, cada um pegando um pedaço, se tinha morador que morava há mais tempo aí eles vendiam. A casa mesmo que minha mãe mora ela foi comprada *né*, a minha irmã até chegou a pegar dinheiro emprestado com o patrão dela. Naquela época era cruzeiro ainda. Ai assim, cada um foi ocupando. Isso aqui era horroroso, não tinha nada. Era puro mato. Era um mato só. Aí acabou que cada um foi construindo da maneira que queria, tinha barracão de tábuas e acabou virando isso aqui.

Pesquisadora: Mas nada tem registro? Registro ou matrícula do imóvel?

Neusa: Não, é só mesmo um recibo só. Mas registro mesmo aqui não tem não.

Pesquisadora: Mas você sabe se tem alguma forma de conseguir registrar, regularizar a moradia?

Neusa: Pra ser sincera, eu não sei.

Pesquisadora: Ninguém nunca fez?

Neusa: Não, ninguém nunca fez mesmo o registro daqui não.

Pesquisadora: E como que é a vida aqui na ocupação? Você acha que o Estado faz alguma coisa pra ajudar nas condições de moradia, transporte público ou tentar regularizar a situação?

Neusa: Olha, transporte público pra poder subir aqui, eles colocaram tem uns 16 anos. Mas tem muita gente ignorante que destrói sabe, não preserva igual de outros bairros. Então por causa disso já houve muita reunião falando que o ônibus ia sair, como se diz, os justos pagam pelos pecadores *né*, pelos ignorantes que destroem, que dão de bandido mas que não são bandido nada. *Aí já viu né?* Mas morar aqui até que é bom, porque tudo é perto *né*, eu não queria sair daqui não porque tudo é perto, minha casa é espaçosa. Tem uma moradora aqui do prédio que eu falei com ela que você ia fazer uma entrevista com ela. Mas se dependesse de mim eu não saía daqui não, mas se não tiver outro jeito *né*.

Pesquisadora: Estão tentando tirar vocês?

Neusa: É, todo mundo tem que sair.

Pesquisadora: Mas o Estado chegou e falou que vai demolir? Como foi?

Neusa: É *falaram que vai construir* aqui, eu vou levar você lá pra você ver. Está construindo lá e onde a prefeitura vai construir vai ter que destruir.

Pesquisadora: Mas eles estão querendo aplicar alguma política pública, o *minha casa minha vida* ou algum outro?

Neusa: É isso mesmo.

Pesquisadora: E você sabe que o programa chegou aqui? Eles chegaram aqui bateram na porta de vocês e falaram que ia ter esse programa ou foram os moradores que procuraram?

Neusa: Não, os moradores não estão procurando não. A minha mãe falou que desde quando ela veio morar que eles falaram que iam construir ruas por aqui, que iam fazer prédios, mas assim, a gente não achou que ia ser por agora *né*. Mas aí a gente assustou e eles já estavam marcando as casas pra poder desocupar já.

Pesquisadora: E eles estão oferecendo alguma indenização pelas casas?

Neusa: Oferecem muito pouco. Não dá não.

Pesquisadora: E eles estão querendo te mandar pra onde? Você sabe?

Neusa: Ah, eu não sei ainda. A minha irmã está morando na minha casa e quando bateram lá em casa ela deu o nome dela e aí quem acabou se ferrando foi eu, tanto que está na justiça, a Mariza é minha advogada e está na justiça pra ver o que vai dar.

Pesquisadora: E você conhece gente que já saiu daqui e foi pros predinhos do reassentamento?

Neusa: Já tem gente lá. A *maioria dos meus vizinhos foram* pra lá. Tem muita gente que foi lá.

Pesquisadora: E é muito longe daqui?

Neusa: Não é lá do lado, daqui dá até pra ver.

Pesquisadora: E o que que eles acharam da mudança? Eles gostaram?

Neusa: Tem uns que gostaram, mas tem uns que acharam pequeno demais.

Pesquisadora: Na hora de aplicarem a política pública, quando falaram que a pessoa ia ter que sair e ir *pro predinho* eles perguntaram quantas pessoas tinham na sua família, se precisava de qual tamanho?

Neusa: Vamos supor: eu como sou separada dos pais dos meus meninos, eles falam que se eu for pra lá eu tenho que ganhar só dois quartos. Mas eu não tenho que ganhar só dois quartos

porque lá em casa tem um quarto pra cada filho. Eu tenho dois filhos e uma moça que até ganhou neném agora. Então quer dizer, o meu menino dorme comigo, porque desde que meu irmão morreu ele tem medo, aí acabou dormindo comigo, mas o outro já é um monstro de homem e dorme no quarto dele e a menina dorme com o filho dela. Como que eu vou *enfiar* lá?

Pesquisadora: Precitaria de pelo menos três quartos *né*?

Neusa: É *uai*, minha casa lá é espaçosa, ela tem três quartos.

Pesquisadora: E na hora de aplicar eles não perguntam?

Neusa: Eles até perguntam. Mas eles falam que se você não tem marido eles não vão dar três, só vão dar dois. E os filhos que são adultos? Não contam? Porque a gente não roubou nem fez nada errado pra construir nossa casa não, foi com muito suor de cada dia. Isso que eu acho muito errado.

Pesquisadora: e você acha que antes de buscar fazer esse reassentamento se o Estado buscou ouvir as pessoas? Saber se eles queriam, qual era a opinião deles?

Neusa: Assim, quem morava num *cubinho*, pra eles lá é uma mansão né. Mas agora, as pessoas que tem casa boa, muitos não queriam sair, esses que tem casa boa e espaçosa.

Pesquisadora: Mas eles tiveram que sair ou receber uma indenização muito baixa sem ter muita escolha *né*?

Neusa: É. Muita gente não pode escolher.

Pesquisadora: E aqui tem alguma convenção de moradores que vão até a prefeitura pra conversar ou alguma assembleia?

Neusa: Ter tem, porque minha irmã ela participava muito. A Efigênia participava muito.

Pesquisadora: E aí juntavam moradores e iam até a URBEL e a prefeitura para reclamar ou fazer reivindicações?

Neusa: Mas não adiantava reclamar não. Não adianta não. Eles falam que são eles que mandam.

Pesquisadora: E a URBEL já veio aqui falar alguma coisa com vocês?

Neusa: Já, mas aí eles falaram que não adianta nada. Teve até muita gente que fez falcatrú, pegou registro de obra e esses negócios pra poder morar, e falavam que iam tirar mas não iam tirar é nada. Teve até três vizinhas que fizeram isso.

Pesquisadora: E assim, o reassentamento está sendo pelo *minha casa minha vida*? E quando a pessoa vai pros predinhos eles tem que pagar prestação do *minha casa minha vida*, condomínio, tem que pagar algumas contas que aqui algumas vezes não teria, *né*?

Pesquisadora: Você sabe se as pessoas que estão indo pra lá, se elas têm condição de pagar?

Neusa: Pra poder ser sincera eu não sei. Eu tenho uma amiga mesmo que falou que a luz ficou mais cara, que a água vem mais cara, porque água aqui dependendo a gente paga um valor e lá é um valor muito mais alto, a luz lá é a mesma coisa. Ela falou que tem gente que tem que rebolar, se virar.

Pesquisadora: Porque tem muita conta que aqui não tem *né*, por exemplo, condomínio, aí chega lá e é imposto, taxas que muitas vezes ninguém pergunta se os moradores têm condição *né*. Você sabe se alguém consegue alguma isenção?

Neusa: Isso eu não sei te dizer não. Isso só os moradores de lá é que conseguiriam te responder.

Pesquisadora: E você conhece alguém que foi pros predinhos e acabou vendendo porque não gostou ou porque preferiria o dinheiro pra ir pra outro lugar?

Neusa: Eu já ouvi pessoas falar que queriam vender, mas por enquanto parece que não venderam porque por enquanto não pode, só quando fizer 2 anos.

Pesquisadora: E você conhece alguém que estava lá, não conseguiu pagar e acabou perdendo o programa?

Neusa: Não, isso não.

Pesquisadora: Você sabe se tem alguma intervenção da Defensoria Pública ou algum auxílio com os moradores?

Neusa: Não. Se quiser arrumar Defensor Público tem que se virar. Eu preferi pagar advogado pra ver ia mais rápido mas eu *tô* lá até hoje.

Pesquisadora: Porque a senhora quer ficar *né*?

Neusa: Eu ficaria, terminaria minha casa e não sairia não, porque ela é espaçosa, não sairia dali por nada, só morta *né*.

Pesquisadora: O que a senhora acha ideal é que o Estado encontrasse formas de regularizar a moradia pra vocês poderem ficar aqui.

Neusa: É, tem muita gente que não queria sair daqui. Nossa senhora, aqui tudo é perto, eu trabalho a 20 anos aqui no Santo Antonio. Imagina eu ter que deslocar com meus filhos, procurar outra escola e creche em outro bairro? Teve gente que já foi morar em outro bairro e voltou porque não deu conta de pagar. Teve uma vizinha lá mesmo que mudou pra cá e foi morar de aluguel lá na nossa rua porque ela não teve condição de pagar o condomínio. A Carmem não deu conta, porque a filha dela não trabalha, só ela.

Pesquisadora: Mas aí o que que acontece se ela não paga?

Neusa: Aí ela tem que optar por outra vaga ou sair né. Tem lugar lá no Barreiro mas lá é muito longe né. Aí ela acabou vindo pra cá.

Pesquisadora: E você falou que o Governo esta querendo desocupar pra obra pública né, pra construção de uma rua. O Estado faz isso pensando na eficiência pública né, pensando em construir uma rua aqui pra melhorar o transporte público da região por exemplo. Mas eles explicam pra vocês o motivo, se vai ser realmente algo que vai ser eficiente pra população, pergunta se vocês querem?

Neusa: Não. Eles simplesmente falam que se não sair eles vão por pra fora. Pagam um valor menor pela casa, vem com policia, mandado e tudo.

Pesquisadora: Já tentaram fazer desocupação aqui com força policial?

Neusa: Aqui não porque eles falam por esse lado, que se a pessoa não sair, eles vão vir com policia, aí o pessoal opta por sair né fazer o quê?

Pesquisadora: O Estado garante o direito à moradia?

Neusa: Não.

Pesquisadora: Mas você acha que eles tratam com dignidade quem mora aqui e quem vai pro reassentamento? Você acha que tem dignidade humana ou você acha que o Estado não se preocupa com isso?

Neusa: Bom, eu acho que não é muito a preocupação não. Ele está pouco se lixando se você quer, se você pode, se deixou de querer. O negócio é que a conversa que eles tem é que eles que mandam e você aceita. Então você dá seu jeito.

Pesquisadora: E você acha que as políticas públicas, como minha casa minha vida ou vila viva, ela são boas né, porque igual você falou, tem jeito que mora aqui num cubículo e ir pra lá é muito melhor. Mas você acha que essas políticas públicas do Estado são eficazes, são boas? Ou você acha que tem muito o que melhorar ainda ou você tem alguma opinião de como poderia melhorar?

Neusa: Na minha opinião, vamos supor, se eu tenho uma casa espaçosa, eles deveriam fazer um lugar do tamanho da minha casa, não é fazer um negócio menorzinho não, porque por exemplo se você lava muita roupa onde você vai colocar? A área lá do prédio é pequeninha né, não tem como você estender uma roupa. Assim agora, quem mora em dois, tem que dar o mesmo que a pessoa tem. Mas não, eles não querem nem saber.

Pesquisadora: Não mantêm a qualidade de vida que você tem aqui, além de não estar perto dos seus vizinhos e de gente que você conhece e sua forma de vida, aí você é obrigado a sair e às vezes piora a condição de vida né?

Neusa: Não. Igual ali na rua mora todo mundo de casa. Então vamos supor, se em algum caso de emergência, que tem que sair de madrugada pro médico a minha mãe está do lado, minha irmã também está do lado. Um deles pode ir pra minha casa e ficar, mas e agora se eu for pra um lugar longe? Não tem como.

Pesquisadora: Pelo que eu vi, o aglomerado está situado em lugar muito bom, está perto da avenida Prudente de Moraes, tem muito ônibus passando. E aqui tem acesso fácil pra creche, pra escola, hospital. Então lá no reassentamento é pior o acesso à escola, creche, UPA?

Neusa: É, porque vamos supor, se eu vou comprar casa em outro lugar, até arrumar creche, escola, esses outros negócios, minha filha daqui um ano vai estar colocando o filho dela na creche, até acostumar... Aqui não, aqui ela vai começar a trabalhar daqui a quatro meses e pode deixar o filho dela com a minha mãe até arrumar creche, mas em outro lugar não, como que ela deixar o filho? Creche particular você já viu o preço *né*? Isso tudo conta, mas eles não olham isso não.

Pesquisadora: Eles não tentam conversar isso com vocês *né*?

Neusa: Não, eles não estão nem aí. Mas então se eu pudesse eu ficaria por aqui mesmo, até mesmo pra arrumar trabalho. Tem tanto tempo que eu trabalho aqui como que eu vou fazer pra arrumar trabalho em outro lugar?

Entrevista com Sônia – Moradora do Aglomerado Santa Lúcia, Belo Horizonte/MG

Pesquisadora: Qual seu nome?

Sônia: Sônia.

Pesquisadora: A senhora morava aqui na barragem Santa Lucia?

Sônia: Morava.

Pesquisadora: Mas agora a senhora foi reassentada e mora nos predinhos?

Sônia: Agora eu moro lá.

Pesquisadora: E a senhora gosta de lá? A senhora gostou da mudança?

Sônia: Eu gostei demais. Foi a melhor coisa que aconteceu na minha vida. Eu digo que eu sai de um porão e fui morar em uma mansão. Eu morava num barraquinho com meus filhos e agora moro num apartamento com dois quartos, que é meu.

Pesquisadora: E a senhora conhece gente que não gosta de morar lá?

Sônia: Conheço, mas pra mim é gente ingrata que não sabe reconhecer o bem que recebeu, porque morava em um cubículo, sem registro, e agora moram em casa própria. Como que não gosta?

Pesquisadora: Então a senhora gosta de morar lá?

Sônia: Eu gosto, *tô* gostando muito, *tô* amando

Pesquisadora: E quanto que eles ofereceram de indenização pela sua casa?

Sônia: Eu tenho que falar valor, eu prefiro não falar valor.

Pesquisadora: Não. Mas a senhora acha que valia a pena?

Sônia: Não, melhor o reassentamento. Se minha família tivesse mais gente seria um apartamento de três quartos que ia morar.

Pesquisadora: Mas eles perguntaram quantas pessoas tinham na sua família?

Sônia: Eles perguntam. Dependendo do número de pessoas pega dois quartos, dependendo do número de pessoas pega três quartos. Se eu tivesse um marido eu teria pegado três quartos, mas como eu não tenho marido peguei um de dois e estou satisfeitíssima. Nos quartos cabe uma beliche grande, um guarda roupa grande e mais uma cama de casal. *Tá* pequena? *Tá* ótimo, *né?*

Pesquisadora: Então a senhora acha que esse programa social é um programa bom?

Sônia: Bom demais. Pra mim e pra minha família foi ótimo, maravilhoso. Eu morei nessa barragem minha vida inteira e eu nunca tive um documento que comprovasse que a casa era minha, não tinha nada que comprovasse. Agora lá não, eu tenho uma escritura da minha casa, eu tenho uma vida digna lá.

Pesquisadora: Então agora a senhora tem registro, tem tudo e antes não tinha nada, *né?* E também não tinha nenhuma forma de registrar ou regularizar, *né?*

Sônia: Não. Não tinha jeito porque tudo isso aqui é da prefeitura, *né?* E na visão da prefeitura nós estamos invadindo, *né?*

Pesquisadora: E desde o momento em que você foi pra lá você já ganhou o registro da casa?

Sônia: Não. Eu vou ganhar agora com dois anos de uso entendeu? Vai sair agora a escritura depois de dois anos.

Pesquisadora: E tem muita gente que não consegue arcar com o condomínio, com essas contas de água e luz? Porque aqui não pagava, por exemplo, condomínio, *né?*

Sônia: Pelo menos lá no meu prédio está todo mundo pagando direitinho, porque é barato, *né*. Dependendo da sua cabeça lá, se você estava acostumado a roubar água e luz, eles não vão ter controle. Lá você não vai saber economizar. Já aqui na minha casa nós sempre fomos econômicos. Desde que eles falaram que a água do planeta estava acabando eu morro de medo de morrer de sede, entendeu, morro de medo, então já ensinei meus filhos pra desligar o

chuveiro na hora de ensaboar, tomar banho rápido entendeu? Então pra mim está ótimo, não tenho nada a reclamar não.

Pesquisadora: E a senhora conhece pessoas que saíram daqui e tiveram que ir pra outro predinho, sem ser esse, mas mais pra longe?

Sônia: Bom, pelas casas que eles tinham e ter agora escritura e tudo, está ótimo.

Pesquisadora: Porque acaba que aqui todo mundo é amigo, *né*? Tem tudo perto, tem creche, tem escola, tem centro de saúde, mas se acabar indo pra longe é ruim, *né*? Mas vocês puderam escolher? A prefeitura deu condição?

Sônia: Não. Eu não. Pra mim eles falaram que eu era aqui, mas tem pessoas que eles mandaram para outro bairro. E que tiveram que aceitar, *né*. A Carmem mesmo foi pro Barreiro e [*som externo*] acabou voltando aqui pra morar de aluguel, *uai*. Mas aconteceu isso por que? Porque ela optou em pegar o dinheiro. Entendeu? As pessoas às vezes pensam que o dinheiro é muito mas não é. Tem gente que *opinou* em pegar o dinheiro e foi morar longe daqui, mas longe daqui ninguém vive porque tudo é caro, passagem é caro, pra você se locomover é difícil. Mas aqui tem posto, tem médico, tem remédio, aqui... morar aqui é morar no céu.

Pesquisadora: Porque o apartamento apesar de ser longe, é um longe que é perto, *né*?

Sônia: É um longe que é perto. Por exemplo, ali onde eu estou localizada eu vou em qualquer shopping de BH com um ônibus. Tem lugar melhor do que aqui? Qualquer lugar de BH que você quiser você vai entendeu.

Pesquisadora: E, por exemplo, se eles quiserem desocupar outros lugares aqui da ocupação, como esse pedaço, e sua loja está aqui *né*? A senhora acha que poderia acontecer de eles quererem demolir isso aqui também?

Sônia: Futuramente favela não vai existir mais você sabe *né*? Então futuramente isso aqui vai ser tudo prédio.

Pesquisadora: E a senhora acha que vão chegar pra conversar com a senhora sobre seu estabelecimento?

Sônia: Vai, *uai*. Ninguém vai chegar quebrando tudo, porque eu pago imposto, eu pago NPJ, eu pago aluguel entendeu? Eu não estou aqui por acaso, eu *tô* dentro da lei, *tá* tudo registrado. E além disso eu *tô* cadastrada lá em cima no *Carrapato*, lá onde eles tiraram as casas, porque lá vai ser a área comercial dos predinhos, e meu nome já está lá cadastrado com meu NPJ.

Pesquisadora: E a senhora pensa em mudar pra lá?

Sônia: É, quando eles fizerem as lojinhas lá já vou ter meu lugar. Desde quando eu comecei a fazer o meu cadastro pra morar nos predinhos que meu cadastro já está feito lá na prefeitura, pra eu ter meu espaço de loja porque olha só isso aqui, debaixo de uma escada que eu construí minha loja, e lá vai ser melhor, vai ser um espaço maior.

Pesquisadora: E às vezes muda totalmente a forma de vida, né? Porque às vezes você construiu com todo o esforço sua casa e do nada te mandam pra uma estrutura verticalizada que você não tem costume né, que às vezes não cabe sua família. Isso que é complicado né?

Sônia: Pra quem acostumou com o grande, com casa grande é difícil, mas casa grande ou casa pequena você morre e fica tudo aí entendeu? Você não leva nem a grande nem a pequena, e agora por exemplo, pra você cuidar é difícil. Eu chego aqui seis horas da manhã, saio nove e meia da noite, oito e meia, nove horas, então se eu tivesse uma casa grande o que que ia acontecer, ela ia ficar suja, eu não ia ter tempo de limpar, então pra mim lá está ótimo.

Pesquisadora: Então mudar pra lá te deu uma moradia mais digna?

Sônia: Foi. Mudar pra lá foi ganhar qualidade de vida. E outro tipo de vida.

Pesquisadora: Que bom então né? E você acha que as pessoas que relutam às vezes com a distância, com o tamanho, você acha que teria alguma forma do governo melhorar essa forma da política pública?

Sônia: Eu não sei como que eu vou te responder. Eu acho que a casa que é grande é grande mas você não tem um documento que comprova aquilo ali, que fala que o terreno é seu, qual que é melhor? Você ter um terreno pequeno que mostra que é seu no papel ou você ter um grandão que não é seu? Pra mim melhor é um apartamento com registro, escritura e tudo. Aqui não tem escritura, então todo mundo tem casa mas ninguém é dono. Se alguém quiser chegar aqui e falar que vai tirar eles tirão. [som externo] Se a prefeitura fala uma coisa você não tem força maior que o governo pra ganhar. Sempre vai ser ele.

Entrevista com Wilza – Moradora da Ocupação São Lucas, Belo Horizonte/MG

Pesquisadora: Qual seu nome?

Wilza: Wilza.

Pesquisadora: Você morava onde antes de vir morar aqui nos predinhos?

Wilza: Morava na rua, aqui mesmo na vila.

Pesquisadora: Era uma vila?

Wilza: Aquela ali é a vila

Pesquisadora: Ela ainda existe né?

Wilza: Existe.

Pesquisadora: E a senhora veio morar aqui nos predinhos.

Wilza: É abriram uma rua lá onde eu morava né? Aí eles passaram rua então teve que tirar a gente de lá

Pesquisadora: então a senhora saiu em razão de obra pública.

Wilza: É a Urbem que tirou eu.

Pesquisadora: E foi pelo programa *vila viva*.

Wilza: Eu não sei.

Pesquisadora: A senhora não paga prestação nenhuma né?

Wilza: Não, não pago. O dinheiro que era da minha casa lá é que fez aqui.

Pesquisadora: Aí a senhora pode escolher entre a indenização e entre vir pra cá né?

Wilza: Isso.

Pesquisadora: E porque a senhora escolheu vir pra cá ao invés de pegar a indenização?

Wilza: Porque na época o meu marido ele tinha problema de vista e aqui ele andava, mesmo na rua ele conseguia andar tudo sozinho né? E se eu fosse pra um bairro longe, porque na época tinha é o *São Benedito*, como que eu ia com ele pra um lugar estranho que ele não está acostumado? Aqui ele já conhece o pessoal do posto, já conhece todo mundo, o pessoal já sabe que ele é muito nervoso, quando chegava lá já passavam ele na frente, não precisava ficar esperando nem nada não, às vezes as meninas vinham aqui sabe, então foi por isso.

Pesquisadora: E o valor da indenização que estavam oferecendo era baixo?

Wilza: Foi 37 mil reais.

Pesquisadora: Aí não dava pra comprar uma casa por aqui né?

Wilza: Não dava. Até aqui dentro a gente não podia comprar porque se eu comprasse eu não ia poder fazer nada né? Aí eu teria que ir pra outro lugar fora, então não da né?

Pesquisadora: E a senhora gostou de vir pra cá?

Wilza: Foi bom. Por um lado foi bom. O que não foi bom é porque a casa lá era grande tudo, mas aí aqui é melhor do que era lá sabe? Era beco sabe, a gente não podia ficar na porta nem nada, não era a rua Beta não sabe era beco mesmo. Nesse ponto foi bom.

Pesquisadora: Mas a senhora pudesse escolher a senhora iria ficar lá?

Wilza: Se eu pudesse escolher? Não, eu teria vontade mesmo era de sair, eu tinha, porque lá eu não pude né então eu tinha que sair.

Pesquisadora: A senhora que construiu tudo né?

Wilza: Foi.

Pesquisadora: E a senhora morou lá quantos anos?

Wilza: Morei lá uns 40 e tantos anos.

Pesquisadora: E a senhora que construiu tudo *né*? A prefeitura nunca ajudou em nada?

Wilza: Não, tudo foi eu. Quando eu mudei pra lá, que eu casei, eu morei com ele ali dentro da favela mesmo, lá no fundo. Dois quartos tinha quando eu casei. Ele comprou lá era de tábuas, dois quatinhos de tábuas, aí a gente foi e construiu. A casa era até boa sabe, mas o terreno não era da gente.

Pesquisadora: E não tinha registro, documento nem nada *né*?

Wilza: Não, não tinha nada. Não pagava nada, não tinha nada. Mas até aqui não tem também, porque eu não recebi o recibo até hoje. E já tem cinco anos, eles falam que depois de dois anos ganha o documento mas até hoje nada. Diz que está uma luta entre a prefeitura e o estado, porque parece que a prefeitura construiu em terreno que era do estado, tem uma menina aqui que me falou, de vez em quando ela vai lá pra saber.

Pesquisadora: Mas as pessoas que estão aqui há mais de dois anos então não estão com registro ainda?

Wilza: Ninguém tem registro não, a gente só tem os documentos que comprovam que a gente pode morar e tudo, mas registro mesmo não tem não.

Pesquisadora: A senhora está aqui tem mais de dois anos?

Wilza: Tem cinco anos.

Pesquisadora: Cinco anos e a senhora ainda não tem o registro?

Wilza: Não.

Pesquisadora: Mas a prefeitura explica pra vocês alguma coisa? Se está providenciando alguma coisa ou nada?

Wilza: Nada.

Pesquisadora: E no momento de ter a desocupação lá onde a senhora morava como que foi? A prefeitura chegou para conversar com vocês?

Wilza: Quem foi lá foi a Urbel. Eles chegaram lá pra falar, a Urbel falou que ia passar a rua lá falaram que iam tirar tudo, falaram que iam dar o prazo pra mudança. Inclusive os dois anos que eu tive que morar de aluguel foram eles que pagaram.

Pesquisadora: A senhora sabe se teve gente que relutou em sair?

Wilza: Ah, teve. Meu vizinho mesmo relutou muito pra sair. Ele até já morreu, coitado. Ele foi um dos últimos a sair. Ele relutou muito porque ele achava que o dinheiro era muito pouco.

Pesquisadora: E se tem algum problema no prédio, por exemplo um problema na caixa d'água. Os moradores que resolvem mesmo *né*?

Wilza: O síndico cuida. Ele dá conta de tudo, tudo. Mas a questão é que ele não vai ser síndico o resto da vida *né*? Mas quem que quer pegar? Ele já é síndico há uns quatro anos e ninguém quer ser. Ele marca reunião pra mudar de síndico mas ninguém vai.

Pesquisadora: E esse preço de condomínio... Ele é baratinho aqui por causa do síndico né, mas em todos os predinhos é esse preço?

Wilza: Não, cada prédio é de um jeito. Naquele ali é cinquenta reais. Depende do síndico, do espaço. Naquela grandão lá, que tem dois blocos, onde a Maria mora, lá é setenta reais. Mas lá eles mudaram o piso todo, eles arrumaram tudo, os próprios moradores.

Pesquisadora: É um preço que dá pro pessoal pagar *né*? Não onerou tanto *né*?

Wilza: No meu modo de pensar o pessoal tinha que cobrar até imposto aqui, ia ser até melhor pro morador, porque dava uma renda maior pra prefeitura e era uma garantia maior pros moradores.

Pesquisadora: IPTU vocês não pagam *né*? Tem isenção?

Wilza: A gente não paga porque não tem recibo ainda.

Pesquisadora: **Porque às vezes o que o pessoal reclama é pensar que vai ser muito onerado *né*?**

Wilza: Essa questão do IPTU ia ser mais segurança. Isso aí não justifica, os moradores veem que o prédio está sempre limpo, que tem alguém que lava tudo, tem que pagar. E quando o síndico não está aqui ninguém faz nada, uma vez que ele ficou fora eu até limpei porque não pode ficar muita poeira. Teve uma vez que minha filha limpou, mas o resto ninguém faz nada. O que que acontece, deveria falar que a partir de hoje vai ser assim, assim, assim. Ele não pode só doar, porque se ele ficar só doando o povo vai começar *a acha* que ele não faz mais do que a obrigação.

Pesquisadora: E a mudança daqui pra cá mudou alguma coisa na questão do acesso a transporte público, acesso a hospital ou continua a mesma coisa?

Wilza: Mesmo coisa. Aqui ficou pertinho, mesma coisa. Ficou mais fácil porque agora o carro vem na porta né, porque antes não tinha. O dia que meu marido adoeceu mesmo eu liguei para casa da dona Maria, aí eles subiram aqui e me ajudaram a botar ele em pé, vesti ele uma camisa, aí nós pegamos os documentos, chegou na escada ele já não conseguiu ir sozinho, teve que descer numa cadeira, e agora se não fosse um carro esperando na porta como que ia ser *né*?

Pesquisadora: Então vir pra cá trouxe mais qualidade de vida né? Aqui vocês têm uma moradia muito digna.

Wilza: Não eu não tenho o que reclamar.

Pesquisadora: Se tivesse algo a melhorar no programa *vila viva* seria talvez o preço que eles oferecem de indenização pela casa *né*? Pra que com a indenização vocês pudessem comprar uma casa perto *né*?

Wilza: É. Na época mesmo, minha casa lá era grande. Só que eles viam assim, se tem só filho homem na casa, tem dois quartos, se tem mulher também *aí é três* quartos. Isso não entra na cabeça do Fabiano, porque ele achava que por a casa ser maior tinha que ter mais quarto. Então quem tinha casa menor tinha que ganhar casa menor.

Pesquisadora: Mas uma pessoa que tivesse dois filhos homens teria dois quartos, e quem tivesse cinco filhos homens teria dois quartos também?

Wilza: Isso eu não sei. No meu caso como eu só tinha filho homem eu fiquei com dois quartos.

Pesquisadora: então uma questão importante também seria analisar o número de moradores *né*?

Entrevista com Dra. Christyane Linhares – Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Pesquisadora: Um dos pontos que a gente precisa entender para a pesquisa, entender como é o trabalho da Defensoria Pública. Por exemplo, nesse caso de pessoas morando em situação de risco, como que você e a Defensoria Pública chegaram nesse caso? Os moradores vieram ou vocês foram oficiados? Como vocês chegam nessa atuação?

Dra. Chrystiane: Geralmente são duas formas de atuação. Uma é quando a prefeitura aborda um morador e fala que ele tem que sair da casa dele porque a casa vai ser demolida, seja porque vai passar uma rua, seja porque ele está em área de risco ou para que seja feita uma praça, e aí esse morador é notificado e quando ele recebe essa notificação administrativa ou judicial ele que nos procura individualmente e aí, no nosso atendimento, a gente percebe quando envolve mais de uma pessoa. E aí a Defensoria começa a fazer um trabalho de busca ativa, ela começa a oficiar. No princípio a prefeitura não respondia nossos ofícios, e nós temos um histórico interessante, eles não respondiam por diversos motivos, no início eles diziam que nós não éramos Ministério Público, eles diziam que quem tinha que pedir era o cidadão. Teve resposta que mandou a gente procurar o *BH Resolve*. Só que quando veio esse

conjunto de negativas nós começamos a impetrar mandados de segurança, uns a gente ganhava liminar outros não, uns a gente mudava no tribunal e era assim, até que veio a Lei da Transparência. A lei da transparência deu uma acalmada porque agora todo mundo pode pedir já que a informação é pública. A própria constituição já dizia, mas a Lei facilitou. E aí a gente atua marcando reuniões na defensoria, em alguns casos a gente marca reunião na comunidade e vai montando o quebra-cabeça para resolver o problema. E a gente também sempre tenta atuar de forma extrajudicial, a gente faz diversos requerimentos e medidas. Eu tenho um caso em que, através de ofício, a gente conseguiu resolver, mas não é tão rápido, fica um ano, um ano e meio nessa discussão administrativa, mas resolve. Mas ainda é mais rápido que o processo judicial.

Pesquisadora: E isso é entre a Defensoria e a URBEL?

Dra. Chrystiane: Entre a Defensoria e a URBEL. Mas geralmente esses acordos surgem em casos individuais, eles não costumam fazer acordo quando envolve muitas pessoas. Se eu estou pedindo pelo Leandro de Souza eu tenho mais chance desse acordo ser feito, mas se eu boto uma lista de pessoas com o mesmo problema do Leandro de Souza, aí eu tenho mais dificuldade de fazer esse acordo coletivo. Bom, aí no caso, como já tem ação judicial, a gente toma as medidas processuais, faz pedido contraposto na reintegração de posse, faz uma reconvenção e tenta demonstrar que as informações trazidas pelo município não são a verdade. Tem um tópico que eu comecei a botar e boto até hoje nas minhas petições: é a verdade dos fatos, porque o município trouxe em regra que não condiz com a realidade ou ele não conta toda a história do que realmente aconteceu.

Pesquisadora: Então vocês tentam achar erro processual ou erro nos fatos?

Dra. Chrystiane: É. Eu acho que as questões processuais, preliminares, elas não têm muito efeito, sabe? Importante é fazer que o judiciários entenda a controvérsia, a gente usa dos institutos, e isso agora está mais fácil porque a reconvenção agora é junto com a contestação, mas o que a gente observa: quando o trabalho administrativo é feito antes, e a gente começa a colher informações, ofícios, respostas e faz reunião e vai colhendo mais elementos, quando a gente chega no judicial a gente chega mais munido de provas do que quando está com aquele prazo de 15 dias ou saiu liminar e a gente tem que agravar. Eu tenho inclusive um caso muito interessante, é um senhor que mora na Cristiano Machado, que a prefeitura diz que ele mora no passeio, na calçada, mas ele está lá desde a década de 80, então quando ele começou a ser abordado administrativamente a gente foi fazendo reunião, pegando elementos e não teve acordo. A prefeitura ajuizou ação de reintegração de posse e foi dada a liminar e a gente fez o

agravo, e a gente tinha tantos elementos que a gente conseguiu mudar a liminar. Mas outra forma de abordagem são os movimentos sociais, os movimentos sociais de luta pela moradia. Eles têm contato direto com a Defensoria Pública, talvez não na celeridade que eles entendem devida e que é devida, talvez não no quantitativo, nós temos uma carência técnica porque não temos computadores, engenheiro, arquiteto, sociólogo, antropólogo, nós temos apenas 2 psicólogos que é pra Defensoria inteira, então falta esse trabalho interdisciplinar. E o que precisamos, pela minha experiência pessoal, é do trabalho em rede, então quando a Defensoria e o Ministério Público estadual estiverem atuando junto com os movimentos sociais e com os moradores, a chance de sucesso são maiores.

Pesquisadora: E a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público, ela se torna necessária principalmente porque o estado não cumpre o dever dele de garantir a moradia. Mas qual a sua opinião? O Estado consegue garantir o direito à moradia de uma forma digna para as pessoas?

Dra. Chrystiane: E eu acho que existe um déficit habitacional muito grande, não é desse governo e nem do anterior. Acontece que antes era mais fácil pras pessoas. Vou dar um exemplo da minha terra, em Teresina, as pessoas, elas não se importavam de ocupar e de construir ali as suas casas. Pelo que eu conheço, em Belo Horizonte, no começo as pessoas não se importaram quando a Serra começou a ser ocupada, quando surgiram as primeiras favelas porque aquela terra não tinha valor nenhum, era no morro e as pessoas tinham que trabalhar mais próximo, então as pessoas não se importavam. Só que quando chegou a época de um crescimento populacional urbano e com isso a valorização das terras urbanas, principalmente próximas do centro, acho que gerou essa luta pela moradia. E aí o que antes era visto como totalmente legítimo hoje é marginalizado. Ocupar terreno e ter sua moradia ali porque você ocupou e constituiu sua família era muito comum, era inclusive incentivado, os políticos davam telha, cimento, tijolo, mas hoje isso é marginalizado e tem que ser tudo dentro da política pública, mas a política pública que hoje é feita não segura mais o déficit. Eu falo assim, pra pegar por exemplo o direito à saúde, pra você comparar a luta judicial pelo direito à saúde e o direito à moradia, você pega um pouco antes de 2000, não era comum as pessoas acharem que iam conseguir no judiciário o direito a saúde, porque como que o Estado ia garantir o direito à saúde pra todo mundo? É impossível. Mas na insistência de mostrar que isso é um direito fundamental, o direito à saúde foi conquistando seu espaço judicialmente e hoje o CNJ tem programas para, inclusive, prevenir, para não precisar judicializar. Aqui na Defensoria, na área de saúde, já tem uma área administrativa que, antes de judicializar, tenta

resolver. Muitas vezes ela consegue. E acho que a moradia, ela está começando a fazer os avanços que o direito à saúde fez há uma década, talvez uns 15 anos atrás. Então é novo, as pessoas assustam né: “como assim ele está pedindo pra ficar mas o terreno não é dele”, “mas ele mora lá, ele precisa, esse terreno estava vago ou estava sendo usado pra nada, entulho, criminalização...”, então a pessoa está dando função social, está concretizando o seu direito à moradia, porque uma coisa que a gente esquece é que o direito à moradia correlata a tudo, porque com sua residência você vai conseguir um emprego, é onde você mora, você vai conseguir dar pro seu filho uma escola, cadastrar no posto de saúde para ter o acesso à saúde, você vai ter o convívio familiar, você vai ter o descanso semanal remunerado, o repouso noturno. Então sem moradia a pessoa perde sua dignidade, é totalmente violada, esvaziada.

Pesquisadora: A questão é que o direito à moradia não é ter apenas um teto. Mas sim a questão da moradia social, que é morar onde você tenha acesso ao transporte público, ao trabalho, à saúde, ter uma escola para botar seus filhos, e o Estado não cumpre isso.

Dra. Chrystiane: É porque existe o déficit do direito à cidade como um todo. O direito à moradia está contemplado no direito a cidade, junto com o ir e vir, o trabalho e etc. Mas tem o déficit de não ter teto, de as pessoas às vezes tentarem comprar um lote mas não conseguirem pagar. Aqui na vara cível a gente pega isso, pessoas que compram lotes de R\$26.000,00, R\$28.000,00. No jardim vitória mesmo tem assistidos que compraram lotes lá por volta de 2002 e não conseguiram pagar e agora está tendo ação de rescisão de contrato cumulada com reintegração de posse e a pessoa já está lá, e essas pessoas vão ser desejadas e vão cair num aluguel e algumas vão conseguir segurar e outras não. Então eu acho que tem dois déficits. Tem o déficit sim disso do direito à moradia dentro do conceito da cidade, mas tem o direito à moradia que não existe no seu mínimo. E agora a questão que você está falando que o reassentamento coloca as pessoas mais longe é porque é mais barato, e esse fluxo continua. Eles mandam as pessoas pra lá mas eles não pensam “mas como que a pessoa vai trabalhar?”, mas deveria porque a pessoa também é força de trabalho, ela também faz a economia circular, então como que ela vai estar dentro do mercado de trabalho e pensando nas crianças, em seu atendimento à educação e à saúde? Fica tudo mais sofrido. Mas agora, se o Município, o Estado e a União vão conseguir em 100% eu não sei, mas tem uma dívida social muito grande do poder público, porque como eu estou te falando, houve a omissão por décadas, então o que vai ser feito agora é muito pouco, tem pouco tempo. Então o Minha casa minha vida virou um programa para construir apartamentos tão somente, você vê em locais que tem terra, mas você vê construir apartamentos distantes onde as pessoas não estão acostumadas a viver em

apartamentos, não é cultura, não estão acostumados e nem vão entender que tem que pagar condomínio. Aquilo é tudo construído aos poucos então não adianta você pegar e botar um tanto de pessoas juntas como se fosse a solução do direito à moradia. Acho que esse direito à moradia, essa política pública que está sendo pensada, como o minha casa minha vida, é melhor para as construtoras e talvez para circular a economia, porque aí tem obra e se tem obra movimenta a engenharia civil, os pedreiros e então gere emprego, renda por um tempo e faça girar a economia, mas o direito à moradia não fica como centro. Outra coisa que a gente vê muito aqui na defensoria é como o judiciário ainda não dá valor à posse como um direito e como um fato. Então a gente percebe aqui que quando um morador é proprietário ele é tratado de uma forma. Pode ser proprietário há 3 anos e do lado tem um posseiro que está lá há 40 anos, ele só não tem uma ação de usucapião que declarou a propriedade dele ali, eles são tratados de maneira diversa. Inclusive em ações de desocupação por obra pública ou de desapropriação, quando a pessoa não tem registro ou escritura não tem nem o direito de ser réu na ação de desapropriação. O réu é o proprietário registral, que está no registro, mas o posseiro que está lá há 30 anos, mesmo que o município saiba que ele está lá, às vezes coloca na ação e às vezes não, pela liberalidade da procuradoria do município, já que a desapropriação visa a propriedade né. Então a posse é tratada em segundo plano, é banalizada, não se dá o valor mas a posse é instrumento muito mais efetivo para o direito à moradia do que a propriedade.

Pesquisadora: e você sabe se o estado oferece formas de regularização da posse?

Dra. Chrystiane: tem até a usucapião administrativa, que está na lei de regularização fundiária, e a ideia é justamente de não precisar ajuizar ação para declarar a propriedade daquele posseiro, mas a gente não vê. A Defensoria Pública ainda não tem braços para trabalhar com isso, a gente não trabalha na esfera administrativa, a gente trabalha na esfera judicial. E mesmo assim eu ainda considero que a gente trabalha aquém da necessidade, então a gente não vê isso. É o que estou te falando, o direito à moradia abrange muita coisa. Se a gente for pensar tem quem não tem moradia, tem que está em moradia em situação de risco, tem que está lutando pela sua moradia por meio das ocupações, tem quem tem sua moradia consolidada no tempo mas é visto como um cidadão de segunda classe porque é posseiro e não proprietário e tem os que conseguiram ser reassentados que não se sentiram satisfeitos, já atendi pessoas que ficaram satisfeitas, que falaram que foi a melhor coisa que aconteceu na vida, eu já ouvi os dois lados, e tem os que tentaram fazer da forma correta, compraram o lote e foram construindo devagarzinho mas que chegou determinado momento e não conseguiram

pagar as prestações e estão sendo réus das imobiliárias e loteamentos. Tem os que a moradia foi atacada e colocada em risco por conta das obras públicas e isso também é draconiano por causa do valor de indenização pelas suas casas. Uns dos primeiros casos eu peguei aqui na Defensoria um assistido foi trabalhar e quando voltou o seu barracão estava no chão, então ele não teve direito de ser réu, ele não teve direito de ter um processo, por obras do vila viva. Tive também uma que era feirante lá na serra e também foi a mesma coisa, a casa foi demolida e não deu tempo pra nada, quando você chaga na defensoria a casa já está no chão e quando já é escombro você não tem condição nem de avaliar o dano material. Alguns casos a gente consegue resolver, uns só na justiça, tem uns que são contemplados pelos apartamentos da Urbel e desocupam e o apartamento fica vago e vem outro e ocupa que passa na frente da fila do programa, e a Urbel entra com ação de reintegração de posse em que a Defensoria defende o ocupante, que se torna um ocupante dentro da própria política de reassentamento. É realmente uma matéria a ser muito discutida, que o judiciário vai ter que mudar o olhar sobre os fatos e a Defensoria, o Ministério Público e movimentos sociais têm uma função muito importante, assim como a academia, as universidades e a pesquisa para falar sobre isso, porque uma pessoa comum, minha mãe por exemplo, muitas vezes tem uma visão preconceituosa, mas ela só teve uma casa porque conseguiu entrar em um programa habitacional, na época na COHAB, ali que ela teve o acesso, senão ela teria ficado, não vou dizer até hoje, mas por muito mais tempo no aluguel. Primeiro apartamento que ela comprou foi em um conjunto habitacional dentro de uma política pública que deu crédito para ela conseguir comprar. Porque isso era outra realidade também, as pessoas não conseguiam financiar, por isso que elas até fechavam direto com as loteadoras, porque se elas vão na *Caixa* pedir um crédito com juros factíveis pra eles, a *Caixa* não daria um crédito.

Pesquisadora: As políticas públicas e os programas sociais habitacionais eles são necessários, sem dúvida nós vemos resultados bons, mas o que você acha que seria realmente necessário para elas serem realmente efetivas? O que você acha que precisaria mudar na forma de atuação do estado, por exemplo, pra conseguir fazer políticas públicas que são realmente eficazes?

Dra. Chrystiane: Olha, eu acho que o primeiro ponto é analisar tudo que já foi feito. Nessa análise de tudo que já foi feito não só em Belo Horizonte, mas na realidade social do Brasil. Então a gente pegar de quando começou a expansão urbana, lá pela década de 50, 40 e até onde a população da cidade ficou maior que a rural e ver todos os programas que já foram realizados e a forma como foram realizados, o que deu certo e o que não deu certo.

Eu acho que você simplesmente descartar o que existe e o que já foi feito é desprezioso. Acho que ninguém tem que inventar a roda, então acho que um primeiro passo seria um levantamento histórico e uma pesquisa com as pessoas envolvidas, porque quem vai pensar uma política pública são pessoas que têm que conhecer a realidade sobre a qual ela vai implementar políticas públicas, então tem que ouvir primeiro as pessoas que já foram contempladas pelas políticas públicas, ver as reclamações e elogios que existem, e dentro da nossa experiência social brasileira, tentar talvez mudar a roupagem da política pública habitacional. A gente tem que pensar também que tem localidades que sequer tiveram políticas públicas, que elas apenas se resolveram. Tem que ouvir a população diretamente envolvida, não subestimar as pessoas achando que eles não têm conhecimento técnico de projeto, mesmo porque eles não estão ali pra isso, mas eles dão informações importantes para qualquer projeto ser realizado. A interlocução entre os diversos entes também, porque não tem jeito, tem que ser a união entre Estado, União e Município. Se você pegar a realidade aqui de Minas, qual foi o último programa habitacional de Minas, se você fizer uma pesquisa sobre isso vai ter o que, uns 15 anos? E aí agora vai sobrecarregar só o município? Por outro lado, a União chega com um padrão que ela desenvolveu lá no Ministério das Cidades em Brasília, mas agora o Ministério das Cidades não existe mais, mas enfim, desenvolve um projeto em Brasília e acha que vai dar pro Brasil inteiro... Cada estado com sua peculiaridade, com a Amazônia de um jeito, nordeste de outro, o sudeste de outro. Então essa corresponsabilidade dos entes federativos tem que ser o principal, além de falar sobre isso. Por exemplo, na faculdade eu não estudei sobre o direito à cidade, direito à moradia, a correlação do direito à moradia com a dignidade humana e as políticas públicas. Isso eu aprendi trabalhando, observando, conversando com o assistido que me ensinou que a casa dele ele chama de barracão, o que é a *parede meia*, que ali cria uma comunidade e que cada um está se cuidando, que eles vivem juntos, eles dividem a água, dividem a luz, tem um que vai olhar as crianças, os filhos de todo mundo enquanto uns vão trabalhar, tem uma que está fazendo faxina, às vezes são parentes e às vezes nem são parentes. Eles são obrigados a viver dessa forma para suprir as necessidades básicas do dia a dia e da unidade familiar. Tem que discutir bastante e chamar a responsabilidade do poder público e chamar a responsabilidade também do sistema de justiça. As coisas voltadas ao direito à moradia não são questões para serem tratadas como caso de polícia e a Defensoria tem que ocupar esse espaço, o Ministério Público também tem que ocupar esse espaço e o Poder Judiciário tem que desenvolver outro olhar, porque muitas vezes o Judiciário decide pela propriedade, não é nem pelo Código Civil

de 1916 não, ele está na visão de propriedade do Código de Napoleão. Então é necessário essa mudança do sistema de justiça como um todo e é aí que as academias entram, porque os juízes de amanhã, os promotores de amanhã são os estudantes de direito de hoje, o defensor, o promotor, etc. Acaba que as faculdades de arquitetura têm a visão social do direito à moradia muito mais disseminado na academia de arquitetura do que o estudante de direito.

Pesquisadora: O posicionamento mais correto é esse mesmo, de ouvir as pessoas, de procurar saber a necessidade social de cada lugar. E a questão aqui é que para o Estado é difícil, com tantas outras formas que implicam o direito à moradia, observar a dignidade humana, que seria o correto mas é utópico, porque ele também tem que observar a eficiência pública. Você acha que é possível observar a dignidade humana e a eficiência pública?

Dra. Chrystiane: A gente tem que ver o que que é interesse público. Acho que isso é o primeiro que tem que fazer, porque existe uma balança que tem que sopesar. Você vai construir um viaduto em um lugar que não vai passar carro nenhum? Ou fazer passar uma avenida no meio da serra, em que você não vê carro passando por ela? E eu vou te falar mais então, já que vamos entrar na questão mais política. Vamos acabar com o financiamento privado de campanha eleitoral. Tenho certeza que essa questão da eficiência pública vai melhorar, porque nós temos obras e fomentos a obras, existem as obras necessárias, mas também tem obras que são realizadas para contratar empreiteiras que financiaram aquele candidato. Esse desenho, talvez o sistema de justiça e as investigações, ninguém parou pra observar o óbvio. Tanto é que a depender da construtora envolvida a celeridade dos processos de desocupação é maior ou menor. Você vê empreiteira carregando dentro do carro o oficial de justiça pra ir lá citar e fazer de uma forma ferindo até o devido processo legal no seguinte: se eu faço uma desapropriação porque eu vou fazer uma obra pública e não coloco os posseiros. Imagina o que é você saber que sua casa vai ser demolida porque tem um trator na porta da sua casa? Eu já vi isso, eu já sai no carro aqui da Defensoria com mais dois defensores pra aparecer em frente de um trator e falar que aquela casa não ia ser demolida porque a gente ia conseguir reverter a liminar, porque aquela pessoa nem foi citada, ela não estava nem sabendo. Eu acho que existe uma ignorância no sentido de falta de conhecimento, porque só quando você vai trabalhando mais a fundo com isso que você vai percebendo como são as coisas. A gente vê que nem tudo que o poder público faz é errado. O poder Público ele tem os seus acertos e tem os seus erros tentando acertar. Mas existe uma promiscuidade da política no Brasil que coloca abaixo todo o discurso que você acabou de fazer, porque ele não está preocupado com o interesse público. Ali tem interesses privados que não necessariamente

serão desviados pro bolso do candidato, mas talvez pra um caixa dois de campanha, e aí você está sendo muita das vezes, ingênua. “Ah, mas ia construir uma praça”, mas a comunidade queria uma praça? Precisa ali de uma praça? A democracia é pra isso. “Ah, mas a maioria não vai querer”, não vai querer por quê? O que que você está oferecendo? Qual o seu discurso. “Ah, mas te dou 28 mil pra demolir sua casa e construir uma creche que seja, porque creche é importante, mas 28? A gente tem que entender que o interesse público, ele somente subsiste enquanto o direito individual também é respeitado. A gente viveu um momento jurídico, no meio dessas ações coletivas, com o direito difuso indo pro direito do consumidor e aí logo depois veio a lei da ação civil pública e a gente viveu aquele momento em que as ações coletivas cresceram, mas dentro desse direito coletivo, das ações coletivas, as pessoas esquecem que não podem aniquilar o direito individual, ainda mais sobretudo se for um direito individual fundamental. Então eu acho que essa balança de valores tem que ser considerada. É claro que vai ter que ter essa mudança cultural com relação à nossa forma de fazer política. Tem que ter uma mudança normativa mas também uma mudança cultural na forma de fazer política. É claro também que tem que ser afastada aquela ideia de que tudo que o poder público faz é pra atrapalhar, não é isso. Agora, essa mudança de visão vai precisar de uma mudança de comportamento do poder público e da forma como ele coloca perante o cidadão, sobretudo perante os menos favorecidos, porque por exemplo, a desapropriação, ela pode ocorrer em qualquer lugar, pode acontecer aqui no Lourdes, não tem problema nenhum, eles pegar e falar “ia ser ótimo ter uma creche aqui perto do *Diamond*, porque aí as faxineiras que vierem trabalhar aqui deixam as crianças na creche e vai fazer faxina na casa de todo mundo”, aí você acha que a obra que vai ser realizada para construir a creche e as ações de reintegração vão tramitar e ser discutidas no judiciário da mesma forma? Não.

Pesquisadora: Tem que mudar a forma de pensar mesmo *né*? E você vislumbra o direito à moradia como previsto no art. 6º? Como um direito social fundamental, que tem que vir antes de todos os outros?

Dra. Chrystiane: Eu acho que ele centraliza e em volta dele circulam todos os outros direitos fundamentais. Tão importante quanto. Porque, se você pensar, um direito que mais chama a atenção do judiciário e do povo em comum é o direito à saúde; se você pensar que uma pessoa vai cuidar de seu direito à saúde tendo seu direito à moradia tranquilo, é o contrário. O direito à moradia gera dano ao direito à saúde. A gente tem caso de infartos aqui, porque você saber que sua casa vai ser demolida e que você vai sair com 28 mil reais no bolso, é muito complicado. Em razão da constitucionalização do direito civil a constituição se tornou o

centro, e esse processo aconteceu e hoje isso não é nem questionado, a verticalização dos direitos fundamentais, você analisar em todas as esferas o direito, não poder ter abuso de direito. Eu tenho direito de cobrar uma dívida, mas eu não posso cobrar com um abuso do meu direito de crédito e por aí vai. O direito administrativo então tem que começar a se constitucionalizar. As pessoas não interpretam assim por entender que grande parte do direito administrativo está na constituição, como a reintegração, as funções dos entes administrativos. A constituição já tem uma parte do direito administrativo lá dentro, só que está faltando os artigos se comunicarem, os artigos da constituição que tratam do direito administrativo e as leis administrativas esparsas se comunicarem, e aí as políticas públicas serem desenvolvidas se comunicando com a constituição.

Entrevista com Dra. Cleide Nepomunceno – Defensora Pública do Estado de Minas Gerais

Dra. Cleide: Importante primeiramente esclarecer que existe o déficit habitacional qualitativo e quantitativo a ser resolvido pela cidade e pela URBEL. No déficit habitacional quantitativo, para resolver essa questão de acesso à moradia, de inexistência de moradia, antes ela tinha um orçamento participativo de habitação, mas hoje a Urbel tem um problema que a Defensoria está até acompanhando, que foram associações de moradia que trabalhavam requisitando a participação de sorteio a essas unidades habitacionais no orçamento participativo de habitação, e que foram sorteadas unidades de habitação mas que não foram entregues. Hoje, esse sistema acabou e o único programa que dá acesso a novas moradias, que a Urbel trabalha, é a *Minha casa minha vida*, também por meio de sorteio. E o que ela fez com essas associações que trabalhavam com o orçamento participativo de habitação? Colocou alguns requisitos a mais da portaria do Ministério das Cidades para pontuar quais seriam as famílias que poderiam participar dessas associações, para tentar agradar e fazer algum ajuste com essas associações. Então nós temos para o déficit habitacional o critério quantitativo, onde é oferecido o programa da *Minha casa minha vida*. Agora, para o critério qualitativo existem programas de regularização fundiária, em que o carro chefe é o programa *vila viva* que se propõe a fazer intervenções urbanas em vilas e favelas por meio de um plano geral do IBGE, uma plano global específico que dita diretrizes para depois serem executadas e isso implica o saneamento, a urbanização e, nisso, remoções.

Então, quando a gente fala em reassentamento, a gente fala em reassentamento decorrente de obras públicas, decorrente de áreas de risco ou ainda de reassentamento de famílias que

moram em viadutos. Existe uma lei do município que trata do reassentamento, que é a lei que instituiu o PROAS 7597/98, que prevê o reassentamento para essas três modalidades (decorrente de obra pública, área de risco e pessoas que moram em situação de rua). Mas para o acesso a novas unidades habitacionais, por meio de sorteio, existe só o *Minha casa minha vida*.

Pesquisadora: Mas você acha que as políticas públicas são eficientes?

Dra. Cleide: Só queira fazer essa apresentação porque você falou se o reassentamento está resolvendo a questão do problema da moradia, porque existem três formas de reassentamento e de assentamento para quem não tem acesso à moradia, que é o *minha casa minha vida*.

Pesquisadora: Mas você acha que o reassentamento resolve o problema do direito à moradia?

Dra. Cleide: Parcialmente, porque há muitos problemas nos condomínios que são construídos pelo condomínio. Quando a gente fala em reassentamento de quem estava em área de risco e vai para uma unidade habitacional é muito complicado, porque a pessoa de fato estava em uma área que os técnicos da Urbel disseram que era de risco geológico e a Defensoria Pública não tem nem como contestar o laudo de risco geológico da Urbel já que nós não temos uma prova pericial, nós temos apenas alguns casos litigiosos em que apesar da Urbel apontar área de risco há moradores organizados com apoio de arquitetos que defendem que não é área de risco e a Defensoria assume a briga para dizer que não é área de risco, mas é muito difícil se não for realizado um contralaudo. Então vamos supor que está certo o laudo da Urbel de risco geológico que diz que a pessoa corre risco e a casa dela pode cair. Nesse caso, o que é melhor? Uma casa que corre o risco de cair ou um reassentamento em um apartamento? Anteriormente, pela lei 7597/98 as pessoas reassentadas recebiam os apartamentos como forma de indenização, o que parece melhor. Mas ainda há problemas, como o problema de adaptação, porque há famílias que têm dificuldade em pagar as despesas de condomínio, porque antes elas moravam em casas horizontais, muitas vezes não pagavam contas de água ou luz ou se pagavam era muito baratinho. Mas se vai pro condomínio, além da conta de água e de luz, tem que pagar a taxa de condomínio. Acaba que as famílias que estão sendo reassentadas são muito oneradas com esse valor. Tem casos em que, por exemplo, uma senhora foi removida de área de risco (e no caso dela não dava pra pedir qualquer outro tipo de indenização porque o barracão dela não valia nada), só que ela tinha 5 filhos, o apartamento tinha 2 quartos e simplesmente não cabe! O marido dela sequer está dormindo no apartamento e ainda há queixa pelos demais condôminos porque faz muito barulho. E ela ainda fala que não está dando conta de pagar o condomínio.

Pesquisadora: O reassentamento não atende *né*?

Dra. Cleide: A Lucineide, a assistida lá fora, estava contando, por exemplo, da conta abusiva de água, e assim, isso é apenas um dos problemas das famílias pobres que são reassentadas em unidades verticais e que não dão conta dos custos que esse tipo de moradia implica. E isso envolve também a dificuldade de se organizar nessa nova forma de moradia e a dificuldade em se alto organizar está implicitamente relacionada com a falta de capacidade de pagar todas as despesas que são inerentes a esse tipo de moradia.

Pesquisadora: Para o Estado conceder de forma efetiva a moradia, teria que começar por uma reforma tributária *né*? O que já é um problema absurdo. Mas se o Estado pelo menos ouvisse a população, por exemplo, que se encontra em uma ocupação, para saber quantas famílias existem, com quantos filhos, se cabe ou não nos apartamentos, como seria o custo, se as pessoas têm interesse...

Dra. Cleide: Hoje em dia em penso que a atenção habitacional não pode ser só do município. Ela tem que ser resolvida como um problema metropolitano. E, o problema da moradia como um problema metropolitano, não se resolve de uma forma divorciada de uma solução, por exemplo, do transporte público, porque as famílias de Belo Horizonte e do município tem problema de espaço e então tem que verticalizar para caber todo mundo e se isso fosse encarado como um problema metropolitano, de repente associado às casas verticais, poderiam ter as casas horizontais também em regiões metropolitanas, o que poderia ser uma solução se as pessoas tivessem um transporte público de forma que as pessoas pudessem, caso necessário, vir trabalhar. Então, para resolver o problema habitacional tem que ser encarado como um problema metropolitano e não se resolve se não tiver um transporte público eficiente. Porque com o transporte público eficiente o problema da distância não se torna um problema tão grave.

Pesquisadora: Sim, até mesmo porque uma coisa que se discute também é que o direito à moradia, ou o Estado conceder a moradia, não implica em conceder um “teto”.

Dra. Cleide: Não, a moradia tem que ser digna e adequada, conforme determina a Convenção das Nações Unidas.

Pesquisadora: Sim, e pelo que se chama de moradia social, porque ter um lugar onde morar não significa ter direito à moradia, porque tem que analisar se existe transporte público, saneamento básico, acesso à escola, hospitais, trabalho e meios de melhorar a qualidade de vida. Porque pelo que eu vejo, que eu já pesquisei, nos casos em que as pessoas são retiradas de uma ocupação e levadas para um reassentamento, costumam ser lugares muito longe.

Dra. Cleide: Sim, mas veja bem. As pessoas de uma ocupação, elas não tem proposta de reassentamento, porque a ocupação está inserida em um conflito possessório, então a justiça ajuíza contra elas uma ação de reintegração de posse e o município não oferece reassentamento pra essas pessoas, como regra geral, sob o argumento de que existe uma fila e que as unidades habitacionais são entregues pelo programa *minha casa minha vida*, que é regulamentado por uma portaria 595 que exige o sorteio. Então, se você oferece às famílias de ocupação uma moradia sem o sorteio, estaria violando a portaria 595, porque o acesso à moradia por meio do programa *minha casa minha vida* deve ser por meio de sorteio. Mas as pessoas de uma ocupação estão no meio de um conflito possessório, o que não significa dizer que elas não têm o direito à habitação e aí a gente se depara com outro problema, porque essas pessoas estão em uma área ocupada que, na maioria, senão regra, não estavam cumprindo com sua função social e estamos diante também de um problema urbanístico de que os instrumentos do estatuto da cidade não são aplicados, como aqueles que determinam que o proprietário dê uma destinação social progressiva até a sua desapropriação, como previsto no art. 183 da Constituição Federal. Mas não tem promessa de reassentamento em casos de ocupação. O reassentamento feito pelo município, regulamentado pela lei 7597/98 só ocorre nas três hipóteses, desapropriação por obras públicas, área de risco e pessoas em situação de rua, que é um caso encaminhado para a Secretaria de Assistência Social. Então a ocupação não tem promessa de reassentamento e a lei não contempla essa hipótese.

Pesquisadora: Mas isso também não seria uma falha?

Dra. Cleide: Houve um acordo, em caso de ocupação, conhecida como *Nelson Mandela*, na ocupação de uma área que foi removida por ser área de risco (porque era uma área no meio de um córrego e que iria ser transformado em um parque), em que as famílias ocuparam essa área e ficaram uma situação horrível e muito precária, com pessoas muito pobres e extremamente necessitadas. Nós (Defensoria Pública), nesse caso, conseguimos êxito para que o Estado, por meio de sua mesa de negociação, mediar e então essas pessoas foram incluídas no programa *bolsa moradia*, que é um benefício social que o município paga, estipulado pela lei 7597/98 às famílias até que elas sejam efetivamente reassentadas. Mas isso foi uma exceção, foi um acordo.

Pesquisadora: Mas, por exemplo, nessas reintegrações de posse, o Estado não avalia a questão da dignidade humana...

Dra. Cleide: Não. Pelo Código Civil os juízes analisam o conflito possessório apenas pela ótica civilista: de quem é a posse e quem perdeu, sai do imóvel.

Pesquisadora: Mas pra onde as pessoas vão?

Dra. Cleide: Os juízes as mandaram voltar para o lugar de onde vieram.

Pesquisadora: E as coisas delas? Além da falha do Estado em não garantir antes o direito à moradia, ele não auxilia em nada para fazer com que a atuação deles vislumbre a dignidade humana e a eficiência pública.

Dra. Cleide: Teve uma última reintegração de posse que foi cumprida em uma área do município, conhecida como *ocupação Maria Guerreira e Maria Vitória*, em que na reintegração de posse tinham ônibus que o município disponibilizou para levar as coisas das pessoas para onde elas queriam que levasse. Algumas tinham algum endereço em *Ribeirão das Neves*, outras as coisas foram deixadas em abrigos. Mas o nosso povo de fato é muito pobre, temos um salário mínimo insuficiente para o pagamento de aluguel. E a gente pode ter uma ideia do valor de uma aluguel pelo benefício que o município paga de R\$500,00 no *bolsa moradia*. Mas muitas famílias que têm esse benefício tem que completar esse valor. Tinham pessoas que moravam embaixo da linha de transmissão da Cemig, que não é um lugar adequado de se morar, porque de fato há um risco inerente à vida pela eletricidade, pela radioatividade e afins, mas para uma mãe que ganha R\$600,00 líquidos para ela e para o filho, que o pai não ajuda, como uma mulher dessas pode pagar aluguel num lugar que não seja uma área de risco? Não sei como, por um milagre, ela conseguiu construir um barracão ali pra morar. Então a gente está nessa situação, se não houver política pública de acesso à moradia seria ainda pior.

Pesquisadora: Mas nessas situações, como que a Defensoria Pública atua? Em casos de pessoas em situação de rua, área de risco e de não ter acesso à moradia? A Defensoria atua de uma forma preventiva?

Dra. Cleide: Como atuação preventiva seria a participação que a gente tem em conselhos e reuniões. Eu participo de todos os conselhos municipais de habitação para acompanhar de fato as políticas públicas. Fruto dessa participação tem o ajuizamento de uma ação civil pública, porque houve um decreto do município que modificou/revogou a lei 7597 que garante o reassentamento e a indenização, e esse decreto regulamentava o PEAR - Programa Estrutural de Área de Risco, mas o decreto que regulamentava o PEAR dizia quem atuava nas áreas de risco, como se dava a atuação preventiva em área de risco, mas não tratava de reassentamento, porque isso era tratado na lei. E o novo decreto agora, o número me falha à memória, diz que para o reassentamento as pessoas têm que pagar pelo apartamento, sem que aquelas pessoas beneficiadas pelo *bolsa moradia*, se escolherem não ir para o apartamento (já que não têm

mais a previsão de indenização) eles são excluídas do programa. Assim, fruto dessa atuação preventiva tem o ajuizamento de ação civil pública que visa a nulidade desse decreto, que de fato revogou a lei 7597, e estamos na briga ainda. Como atuação preventiva também nós formamos o comitê de população em situação de rua, o qual a gente acompanha, apesar de não ter direito de voz ou voto, porque o meu assento não é previsto, mas nós estamos lá pelo direito de participação em reunião pública. Então, esses são exemplos de atuação preventiva. E ainda atuamos em todos os conflitos possessórios e reintegração de posse, tanto quando representante da parte citada pessoalmente, quando representante de réus citados por edital, em função de curador processual e agora temos ainda outra função, que temos chamado de *custos plebis*, previsto no artigo, salvo engano, 652 do CPC que fala dos conflitos possessórios multitudinários, em que está no polo passivo um grupo indeterminado de pessoas e, se hipossuficiente, a Defensoria Pública tem que ser intimada para participar do processo. aí é que está, e nós temos entendido que essa manifestação não se confunde com a curadoria processual. Além disso, a gente trabalha em caso de desapropriação em massa de área pública e ainda em casos individuais de pessoas que foram removidas de vilas e favelas pela Urbel, que reclamam seu direito ao reassentamento. É muito comum na hora de remover essas famílias que a Urbel não reconheça o direito ao reassentamento de famílias que vivem em regime de coabitação, ou seja, duas famílias que vivem em uma mesma casa, como matriarca, a filha e a neta, sendo que reconhece o direito para a matriarca mas não reconhece para a filha. E aí, a Urbel concede reassentamento apenas individualizado de acordo com as regras do IBGE, de unidades habitacionais distintas. Ou seja, pode se houver suas casas distintas, mesmo que seja no mesmo lote. Mas, às vezes, a gente briga para que seja reconhecido o reassentamento da unidade familiar independente, porque muitas vezes em uma casa horizontal, as famílias ali se viram, mas se for em um apartamento, se a família for muito grande não cabe, aí a família que é independente sobra.

Pesquisadora: Mas e nesses casos em que a família é muito grande e não cabe no apartamento. A Urbel ou o Estado procuram ouvir antes para saber se vai caber ou não?

Dra. Cleide: Não. A Urbel segue só os seus aspectos objetivos. Ela pode dar o reassentamento se houver unidade habitacional autônoma, independente.

Pesquisadora: Mas e se família é muito grande? Não faz diferença?

Dra. Cleide: Aí vai para um apartamento de três quartos ou opta pela indenização da benfeitoria, mas não da posse.

Pesquisadora: E essa indenização é suficiente?

Dra. Cleide: Não, a indenização não é suficiente. Como eu falei, a lei 7597 previa que o reassentamento pode ser substituído por indenização da edificação ou da benfeitoria. Mas a indenização não é suficiente porque não reconhece a indenizado a posse, mas só da edificação. A Defensoria Pública tem na justiça várias ações civis públicas pleiteando o reconhecimento da indenização da posse.

Pesquisadora: Porque a edificação geralmente é de baixíssimo valor.

Dra. Cleide: É, e porque quando uma pessoa vai comprar uma unidade habitacional, ainda que seja em área informal, ela vai pagar pela edificação e pela posse.

Pesquisadora: O estado tenta fazer políticas públicas eficazes, como o *minha casa minha vida*, *vila viva*. Mas você acha que atende à eficiência pública?

Dra. Cleide: Atende parcialmente, porque a gente vê que ainda existem várias deficiências e vários problemas nos critérios que ele adota nesses programas. Várias famílias são excluídas deles, mas o que eu te falo é que na minha opinião tem que ter políticas públicas, tem que ter programas habitacionais, porque o salário que o trabalhador recebe é baixo demais para a aquisição de uma propriedade. O mercado imobiliário só atende aquelas famílias que têm posse e recurso pra pagar. A casa, o imóvel, é uma mercadoria, e que não pode pagar por essa mercadoria está fora do mercado e pronto. A iniciativa privada não resolve esse problema e, se o poder público não resolver esse problema a gente vai ter de fato um caos social. O município de Belo Horizonte tem sua políticas habitacionais. Ele tem suas falhas sim, mas tem políticas habitacionais. Há outros municípios que não tem e por isso, como falei, o problema habitacional tem que ser tido como problema metropolitano. Então o estado também tem que ajudar com a criação de políticas habitacionais e não só os municípios.

Pesquisadora: Então você acha que é uma das formas de solucionar essa carência do acesso à moradia.

Dra. Cleide: Sim, é o acesso à moradia não apenas em Belo Horizonte, mas tem que ter acesso à moradia em Contagem, Betim e nas regiões metropolitanas associadas ao transporte público eficiente. Eu não posso dizer que uma unidade habitacional oferecida pelo *minha casa minha vida*, ainda que seja simples, que ela não seja digna. Há muitas pessoas que ficaram muito felizes de conseguir sua unidade habitacional. Mas para uma moradia ser digna tem que haver, além de um teto, condições adequadas de acesso à infraestrutura, água, luz, transporte, acesso a transporte público. Contudo, os programas habitacionais hoje no município de Belo Horizonte, elas têm seus problemas, como nas unidades de reassentamento. Tem unidades de reassentamento, por exemplo, que não teve a individualização da conta de água e condomínio

e isso gerou um problema sério. Esse é um problema de levar ao apartamento pessoas que viviam em área de risco, que não conseguem pagar os gastos da unidade habitacional, porque a tiram de uma área informal e levam para uma unidade formal mas não modificou sua renda e sua condição social. Elas continuam recebendo o mesmo valor, continuam sendo pobres então, se não modifica seu status social não adianta você mudar a moradia. Não é o ideal, mas se hoje não existisse o *minha casa minha vida* ou alguma forma de acesso das pessoas à moradia, orçamento participativo de habitação ou se não houver nada, é muito complicado. Aí sim, se hoje, mesmo com as políticas habitacionais ainda temos conflitos possessórios, com certeza haveria ainda mais conflitos possessórios, já que eles vêm de uma necessidade de moradia.

R: E você acha que seria possível, ou adequado, isentar taxas?

Dra. Cleide: O IPTU é isento. Não dá para o poder público arcar com tudo. Porque ele tem que garantir o direito à moradia, mas como ele vai arcar com as despesas de condomínio que é de obrigação dos moradores? Não tem lei que obrigue o poder público a isso, a manter os imóveis que são de particulares, o poder é público, mas a propriedade é particular. Isso não é devido. Mas um problema que nós vislumbramos no futuro é que essas unidades habitacionais que são construídas com materiais, vamos dizer, frágeis, do ponto de vista arquitetônico, elas virarem futura área de risco, porque as famílias é que são obrigadas a manter o apartamento concedido a elas e não o poder público. Então, a gente pode estar aí no futuro com várias áreas de risco. Então essas famílias irem trabalhar com autonomia delas, sem condições de mudar seu status social, vai ser complicado. Porque como elas saem de uma área de favela, ou de risco, para um reassentamento ou unidade habitacional para viver de aluguel? Então tem que ter programas de auxílio para geração de renda e ajuda nesse sentido. Mas querer que o poder público banque a propriedade não dá.

E outro problema que você está esquecendo é a violência desses condomínios. Há muitas pessoas que são expulsas por causa da violência, do tráfico de drogas e aí não é problema do município, mas sim do estado, de segurança pública.

Pesquisadora: E como o Estado poderia ser mais eficaz e com a observância da dignidade humana?

Dra. Cleide: Aqui em Belo Horizonte a gente precisa ter mais leis que enriqueçam a política de habitação e venham mais recursos para o investimento de construções de novas moradias. E inclusive é uma reivindicação dos movimentos sociais a volta do orçamento participativo de habitação, sem prejuízo do *minha casa minha vida*, porque eles podem conviver

perfeitamente juntos. O fato de ter o *minha casa minha vida* não impede que o município tenha seu programa habitacional. E a gente espera que ocorram mudanças. Que no caso de remoção por área de risco seja oferecida indenização, que as famílias que não queiram ser removidas por obra pública ou que não desejem morar em uma unidade verticalizada, que elas tenha direito a uma indenização, mas uma indenização justa, que reconheça também a posse, para que elas possam comprar outro imóvel, e que essa remoção seja tratada de forma equivalente à desapropriação, que entre a data da selagem e da efetiva remoção não se passe muito tempo.

Pesquisadora: Você acha que a Defensoria Pública consegue suprir as falhas do Estado?

Dra. Cleide: A defensoria Pública é uma atividade-meio, quem resolve mesmo é o judiciário.

Pesquisadora: E você acha que seria possível a criação de políticas públicas que atuem no direito à moradia observando a dignidade humana da forma como previsto no art. 6º da Constituição Federal?

Dra. Cleide: Sim, é possível, a partir do momento que isso for prioridade. E se não for prioridade a gente vai estar muito encrocado, porque se as pessoas não têm condições de ter acesso à moradia que estão no mercado, elas vão buscar as moradias que não estão no mercado, que são as áreas de risco e as áreas de preservação ambiental, e o meio ambiente é de interesse de todos. O direito à moradia é um direito fundamental que deve ser observado junto com todos os outros.

Entrevista com Dra. Claudia Ferreira – Ministério Público da Habitação

Pesquisadora: Como a promotoria de Habitação atua quanto ao Direito à Moradia?

Dra. Claudia: Pois é, com relação a esse assunto, a promotoria é o seguinte: a gente fiscaliza a questão da moradia, então vai desde o acompanhamento de loteamento clandestino, a regularização desse loteamento, a responsabilização dessas pessoas que promovem o parcelamento irregular quanto ao acompanhamento de eventuais ocupações já consolidadas e que faltam saneamento básico e também em relação ao fundo de habitação. Por isso eu acompanho as reuniões dos conselhos de habitação para me inteirar sobre as novidades dos representantes das comunidades, para me inteirar daquilo que o município tem feito em prol dessas famílias, se ele está conseguindo executar o plano de habitação por interesse social e aí dentro da medida que as coisas vão acontecendo e que os problemas vão surgindo a gente tenta fazer essa composição extrajudicial. A gente tenta resolver primeiro por acordo. Com o

município é muito mais difícil fazer acordo então em regra alguns assuntos acabam sendo judicializados.

Pesquisadora: E você diria que na maioria das vezes a promotoria trabalha mais do lado do Estado e município ou mais para o lado das pessoas e da moradia?

Dra. Claudia: A promotoria não tem um lado *né*, a gente busca o cumprimento do dever constitucional. Então o preceito fundamental é o da moradia digna e aí a gente trabalha pra defender esse ponto. Então por exemplo, quando acontece uma ocupação ou quando tem que desocupar uma área, seja por risco ou o que for, a gente trabalha garantindo que o município execute a sua política de forma adequada, ou seja ele tem várias moradias, como o *bolsa moradia*, sistemas de urbanização por eventuais regularizações, o sistema dos PROAS, então a gente trabalha avaliando todas essas exigências, para que o que existe de normatização de moradia seja cumprido além de outras normas, como por exemplo as questões de moradia de risco, que tem o PA que é um programa *super* interessante, então a gente faz essa comparação. Então não é que a promotoria defende um lado ou outro, porque nós não somos advogados, o nosso foco é o direito constitucional. Às vezes a gente faz várias reuniões que não vão resolver o problema de imediato, mas que a população carece muito de informação e tem muita dificuldade de se aproximar do poder publico para obter informações, então a gente faz muitas reuniões fazendo essas intermediações para chamar as pessoas certas que vão dar as informações adequadas para que as pessoas possam se situar, então é sempre dentro desse escopo. Não cumpriu o dever constitucional a gente está contra aquele que não está cumprindo, e aí independe se é o município ou se é particular. No caso de particular, que viola o parcelamento de solo, o descumprimento é pelo particular, mas também é verificada a atuação do município que é omissa e não fiscaliza, não contém o parcelamento clandestino. Na verdade ele não é clandestino, o problema é mais na lei do que na prática, mas aí se a situação vira um processo judicial o município é réu também, pela falta na fiscalização porque toda a ocupação e uso do solo é dever do município, então toda a formatação do seu plano de desenvolvimento e plano urbanístico é ele que tem que fazer, e aí se ele está errado ele também vai ser responsabilizado. Agora, em matéria de habitação hoje em Belo Horizonte a gente enfrenta um problema grande porque o município praticamente parou de ter uma política dele, municipal, e agregou a política do *minha casa minha vida* que é uma política federal, e como a gente está em crise, isso tem repercutido de uma forma negativa, e a gente tem também o problema do município porque ele não tem áreas vagas. Por isso, agora com a votação do plano diretor e o uso e organização do solo, estão sendo analisadas pela Câmara

Municipal. E aí, nas propostas que estão lá, a destinação de determinada área para ocupação social é muito importante porque não adianta também destinar área que esteja afastada de toda infraestrutura da cidade; então essas áreas têm que se aproximar do centro da cidade, dos locais onde já tenha uma infraestrutura para que as pessoas se locomovam menos, em razão da própria dificuldade que nós temos pelo número de pessoas, mas o município tem enfrentado essa discussão em relação a ter área disponível uma vez que ele trabalha com um planejamento que foi feito lá atrás deficitário, e também ele tem essa questão de estar afastado de seu plano e trabalhando só sobre o *minha casa minha vida* que é um plano federal. A gente entende que ele deveria estar trabalhando em paralelo, mas não é fácil né? A gente para propor uma ação precisa realmente ter elemento, mas estamos chegando à conclusão que existe essa falha, porque o foco no *minha casa minha vida* vem inviabilizando que o município trabalhe em separado, com o seu plano de habitação, então estamos nessa fase de investigação.

Pesquisadora: Mas quando vocês fiscalizam e veem que não está tendo essa coerência entre o que a lei determina e o município faz, o que acontece?

Dra. Claudia: Se a gente não consegue fazer acordo com o município, a gente ajuíza ação judicial para fazer com que ele cumpra as políticas públicas.

Pesquisadora: Por exemplo, se tem uma desocupação acontecendo e não tem uma promessa de reassentamento ou de aplicação da política pública vocês atuam em cima disso?

Dra. Claudia: Atuamos em cima disso, mas veja bem, a questão da ocupação nós não trabalhamos fomentando ocupação, não é esse o foco da promotoria de habitação, porque fomentar ocupação é violar a lei de ocupação do solo, o plano urbanístico e meio ambiente urbano. A gente trabalha focado no ganho. Se está ocorrendo uma ocupação aquelas pessoas têm que se apreendidas com respaldo nas leis de urbanização, porque elas não cumprem com os requisitos para ocupar aquela área ou participar da política pública, e aí elas têm que ser inseridas no plano que o município está trabalhando com ele, mas não trabalhamos pela manutenção da área, porque às vezes aquela área não teria que estar sendo ocupada mesmo. Cumprir com a função social da área não é necessariamente a construção de casas, a função social da propriedade pode ser a manutenção do terreno em natura, para evitar, por exemplo, a degradação ambiental. Então tem que fazer essa diferenciação porque para nós moradia digna não é deixar as pessoas morando debaixo de lona, não é deixar as pessoas morando sem água, sem luz, em área de risco ou em locais que as vias não foram planejadas em que então elas sequer podem ser atendidas por ambulância. Isso pra nós então não é moradia digna. Um

pouco dessa linha de raciocínio permissiva que a pessoa pode fazer tudo, nós trabalhamos sob uma ótica que as pessoas têm que ser cada vez mais autônomas e independentes, e dentro da bioética, que possam trabalhar em prol delas próprias e do meio em que elas vivem. Então para nós não é uma linha de raciocínio viável dizer que as pessoas podem ficar na ocupação. Nós queremos que as pessoas sejam atendidas dentro das políticas públicas existentes para que elas possam morar dignamente, e isso é morar em casa dentro do mínimo de conforto, que elas consigam ter condições de trabalhar, estudar, ter acesso à saúde, e isso ocorre na ocupação. Então nós precisamos congregar essas duas coisas a políticas que organizam o solo urbano, não podemos perder esse viés. Então nosso foco é querer que o direito à moradia seja garantido a todos, é essa a linha de raciocínio que a gente trabalha. Nós não concordamos com ocupações em área de risco, com ocupações em área de recursos naturais que devam se preservados. Devem ser respeitados os parâmetros urbanísticos, para ver onde vai ser construída uma rua, onde vai ter um poste de luz, onde vai passar um cano de drenagem, onde que passa a rede de esgoto, e isso não é uma coisa que pode ser feita de qualquer maneira. Por isso é que a gente vem tentando atuar no início do problema, quando eu tenho uma notícia de uma ocupação ou de uma movimentação de terra a gente imediatamente começa a atuação da promotoria, começa a atuação da vara criminal, porque isso é crime ambiental, além de ser crime da lei 6766, que a gente considera dano ambiental também, e aí a gente imediatamente chama para negociar, chama para parar, para que a pessoa possa se adequar à lei, já que a lei é para todos, e aí, não conseguindo êxito, a gente entra com a ação pretendendo liminar. Na verdade o município, ele tem lá os seus parâmetros. Se esses valores são baixos ou altos, altos na verdade eles nunca seriam, mas se eles são baixos, eles têm uma forma de operação para se chegar a ele. Então a gente vê isso tudo com muita tranquilidade e equilíbrio. Porque ao mesmo tempo em que a gente tenha que entender que a pessoa seja reassentada em um lugar digno ou mude para uma moradia melhor a gente tem que pensar em duas coisas: se o preço da indenização vai servir para que a pessoa de fato invista em uma moradia própria, porque já vimos muitos casos em que as pessoas pegavam o dinheiro da indenização, compravam uma casa e depois a vendiam para ir morar em outra ocupação. A gente não pode generalizar, mas isso acontece. Também tem outros casos – que eu concordo com você –, em que Belo Horizonte não teve esse cuidado em sua época inicial de destacar áreas para trabalhadores, a gente tem um déficit difícil de administrar. A outra questão é que se o preço da indenização sobe demais ele inflaciona e vai repercutir numa série de outros parâmetros que existem na cidade como um todo, inclusive repercute no valor do aluguel, então essas coisas todas a

gente tem que ver com equilíbrio. Então como a gente lida com isso? A gente sabe muito bem dessa resistência que as pessoas têm sobre a verticalização, e o que que eu penso sobre isso? A gente precisa respeitar a opinião das pessoas, mas talvez levar mais informação para essas pessoas para que elas possam, ao invés de apenas resistir, terem mais condições de fazer suas próprias opções. A verdade é que numa cidade como Belo Horizonte, com o nosso número de habitantes, a maioria das pessoas vive em apartamento, e não tem indignidade nenhuma nisso. Então eu acho que a gente tem que tentar entender o que se passa na cabeça dessas pessoas, pra ter às vezes esse apego de ter uma casa, mesmo uma casa grudada na outra que tudo que se fala de um lado escuta de outro, como que isso pode satisfazer mais que um local urbanizado? Então a gente tem que ter esse cuidado de oitiva, de pensar o que se passa na cabeça dessas pessoas, de levar informação para ela, então é uma coisa que a gente trabalha e acompanha muito com o município, que é o pré-morar e o pós-morar, o pré-reassentamento e o pós-reassentamento, porque tem pessoas que realmente não se adaptam. A gente tem exemplos de moradores que foram reassentados para condomínios, seja *minha casa minha* ou outro programa do município, mas que são moradores que estavam acostumados a viver no lixo, que não têm condições de cuidar do ambiente, que o apartamento tem que ser dedetizado periodicamente, por isso que eu acho que deve manter o serviço social nesses casos. Nós temos também exemplos de pessoas que são ameaçadas nesse condomínio, o caso de tráfico ocupando os locais de reassentamento, por isso deve ser feito o acompanhamento pré e pós de quem vai ser reassentado. Mas eu não acho que cabe a nós dizer o que é bom e o que é ruim. A gente precisa evoluir para que as pessoas consigam avaliar por elas próprias o que é bom e o que é ruim, mas não um bom ou ruim individual, mas sim para todo mundo. Hoje a gente já está trabalhando para atender o conceito que as pessoas têm de comunidade, de utilização de área de verde, para evitar a ocupação da área verde, e por isso a gente tenta fazer esse acompanhamento e essa leitura, mas não dá pra virar pra você e dizer que eu acho que todo mundo deveria morar em prédio ou que todo mundo deveria morar em casa, até mesmo porque a gente sabe que pra isso não tem espaço, seria impossível. Então essas conclusões têm que partir de muita negociação. Nos casos de desocupação e reassentamento a gente acompanha o processo até o fim, até mesmo para verificar que o município, mesmo em uma atuação mais rígida, possa atender situações que são peculiares, porque a gente sabe que hoje as famílias e os grupos familiares são muito diversificados, às vezes a gente encontra em um apartamento quatro ou cinco núcleos familiares, o que pode parecer um absurdo frente a nossa

realidade, mas que é muito comum, então o município tem que buscar uma solução para poder atender sempre dentro de um equilíbrio que a gente procura trabalhar.

Pesquisadora: Na hora aplicar a política pública deve ser vislumbrado o interesse público e a eficiência pública, não é mesmo?

Dra. Claudia: Dentro desse escopo nós temos uma preocupação muito grande com participação social e gestão democrática da cidade é um preceito lá do Estatuto da Cidade que já está até ultrapassado, e aí a gente tem trabalhado na promotoria exatamente para propiciar a participação social para assegurar que, por exemplo, quando for ser feito o plano diretor ou uma modificação na lei de ocupação do solo, nas conferências municipais de política urbana, realmente as pessoas sejam ouvidas. A gente teve um debate grande agora sobre mudanças recentes em que as pessoas participaram bastante, tanto que no Conselho Municipal de Moradia eu venho ouvindo o desejo deles de que essas mudanças sejam votadas rápido porque elas traduzem aquilo que foi trabalhado nas conferências, então houve participação social. E também a gente já teve um problema sério no que tange à organização urbana que é a operação de urbanização consorciada, em que a gente verificou que não estava havendo essa escuta, participação social, e aí a gente teve uma atuação forte com o município que inclusive gerou um processo judicial que acabou culminando em acordo. O município recuou para começar do zero. Então, talvez o que gente pode fazer de melhor é se preocupar com essa gestão democrática da cidade, porque aí congrega tudo, os vários seguimentos, eles próprios, verificando o que é melhor para cada situação específica, porque cada comunidade pode ter uma solução diferente para aquilo que atende a sua situação, então mais importante nisso tudo é a gente trabalhar com a participação social. Agora quanto à habitação, o entrave da habitação é que, embora seja um direito social, nós não temos um percentual mínimo definido como tem, por exemplo, para a saúde e educação para que seja aplicado. Eu sei que hoje isso já é projeto do congresso e já está sendo discutido, mas essa discussão vem com um certo atraso porque se a gente já tivesse isso seria muito mais fácil, porque poderia pegar o orçamento, ver o que foi prometido e ver o que seria feito e o que não foi feito, o que seria muito mais fácil de fiscalizar. Então isso será um grande avanço, porque será determinado um mínimo que deve ser aplicado para a moradia. A gente tem princípios e preceitos fundamentais, mas tem uma definição de aplicação, claro que tem o plano de orçamento plurianual, mas essas diretrizes devem ser definidas como é na saúde e na educação, que vai ser um grande avanço no que tange à habitação para tentar reverter a situação atual, mas isso vai demorar muito tempo porque o déficit é muito alto.

Pesquisadora: E antes disso seria possível vislumbrar programas e políticas públicas que conseguiriam equilibrar a eficiência pública e a dignidade humana?

Dra. Claudia: Eu acho que o programa em si já traz esse equilíbrio, o problema é o programa não conseguir atender a todo mundo. Então na medida em que ele mantém o déficit, em que as pessoas têm que passar por uma fila e ficam cansadas de esperar numa fila, ou que as pessoas veem naquilo que elas estão sendo atraídas para determinados lugares, aí não atende. Na medida em que não se consegue abaixar esse déficit acabam por potencializar o problema das situações irregulares. Então a gente tem que trabalhar para a redução desse déficit, mas eu vou te falar que pra isso eu não tenho uma conclusão ainda, é algo que estou investigando, até que ponto o município está abandonando sua própria política e ficando preso apenas no *minha casa minha vida* e deixando aquelas pessoas que acreditavam ou que esperavam o programa municipal, à margem, porque muitas vezes essas pessoas que aguardam a política municipal não tem condições de atender de plano aos requisitos da política federal, então estou investigando isso para ver o que pode ser feito para reverter esse ponto, já que quanto maior o déficit mais essa situação vai se manter.

Entrevista com Dra. Claudia Spranger – 18ª Promotoria de Direitos Humanos

Pesquisadora: A primeira pergunta que gostaria de fazer é como a promotoria atua nos casos de direito à moradia, na efetivação do direito à moradia. O Ministério Público atua na efetivação e proteção do direito a moradia ou só quando ocorre violação de direitos humanos?

Dra. Claudia: Infelizmente somente quando ocorre violação dos direitos humanos. De início foi assim *né*? Logo no início quando cheguei aqui, era uma coisa muito nova e a gente começou a trabalhar para *apagar o fogo né*? *Apagar o incêndio* e aí com o tempo a gente foi aparecendo um pouco mais para os movimentos sociais e para as pessoas que lutam por moradia, para que elas pudessem procurar a gente um pouco antes; mas esse um pouco antes era antes da reintegração, o que significa que também era *apagar o fogo*, mas dava tempo de pegar um processo, olhar. Mas então infelizmente o trabalho ainda é feito nesse esquema. Por uma série de questões, porque nós não temos pernas, não temos promotores, temos uma gama enorme de atribuições e acaba que o direito à moradia fica dentre uma delas. Hoje nós fizemos até uma divisão interna para ver se conseguimos dar vasão, mas também não está adiantando de nada, porque estamos sem promotores.

Pesquisadora: E quem procura o Ministério Público em caso de violação do direito à moradia são os próprios moradores de ocupação e reassentamento?

Dra. Claudia: Geralmente são os movimentos sociais porque as pessoas são muito ainda desinformadas, a promotoria ainda é algo muito novo para elas e elas ainda se sentem invisíveis por sua vez. Então elas nem sabem que há uma forma de procurar. Quando o movimento social está presente naquela ocupação, aí eles orientam os moradores a procurar a promotoria.

Pesquisadora: E os casos de direito à moradia que a Promotoria e a Defensoria Públicas atuam são geralmente três, certo? Ocupação, pessoas em situação de risco e pessoas em situação de rua, quando o Estado tenta reassentar as pessoas ou reintegrar as pessoas.

Dra. Claudia: Na verdade nós só chamamos de reintegração quando há retomada da propriedade ou da posse, mas também atua em caso de ocupação e pessoa em situação de rua ou situação de risco.

Pesquisadora: E quando tem essa ocupação geralmente o estado só atua pensando na propriedade e na posse com a reintegração da posse, mas não procura fazer o reassentamento, certo? Geralmente fazem reassentamento mais em situação de risco?

Dra. Claudia: Às vezes nem mesmo em situação de risco eles fazem.

Pesquisadora: Mas qual a diferença quando é ocupação irregular e quando é reassentamento irregular?

Dra. Claudia: Bom, eu não posso dizer como a promotoria de habitação trabalha, mas pra gente não há diferença, porque a gente visa sempre o direito à moradia. Agora, provavelmente, a promotoria de habitação pode ser que ela tenha uma outra visão. Na verdade, infelizmente nós nunca conseguimos garantir um reassentamento e nós nunca conseguimos impedir uma reintegração que nós fazemos, por exemplo nos casos de ocupação, o que a gente faz na verdade é pegar o processo de reintegração, estudar e tentar ver falhas processuais, e através dessas falhas a gente tenta atuar impedindo ou fazendo com que a reintegração demore um pouco mais, mas até hoje não tivemos nenhum êxito em impedir a reintegração. Tivemos até agora, por exemplo, nos caso da *ocupação do Izidoro*, êxito em adiar a reintegração. Mas as liminares do *Izidoro* ainda existem, todas as liminares estão abertas, o que nós conseguimos processualmente é apontar erros. A gente atrapalha cumprimento de reintegração imediata, mas não conseguimos garantir o reassentamento de ninguém. Agora, pode ser que a promotoria de habitação tenha conseguido algum reassentamento, mas eu duvido, porque o foco dela é a propriedade. No caso do *Izidoro*, especificamente, nós entramos com uma ação para reassentar, mas a ação não saiu ainda do início, mas há pouco tempo fizemos a impugnação.

Pesquisadora: E o ministério Público faz alguma fiscalização sobre as políticas públicas e de regularização fundiária?

Dra. Claudia: Quem deve fazer isso é a promotoria de habitação.

Pesquisadora: Muitas vezes as ocupações irregulares ocorrem porque o Estado não garante o direito à moradia. Você acha que o ministério público ajuda a suprir essa falha do Estado?

Dra. Claudia: Bom, eu não sei se a promotoria de habitação consegue suprir essa falha, mas a promotoria de direitos humanos não, porque a gente teria que ajuizar ações civis públicas que invadem a atribuição da promotoria de habitação. Então, a gente atua quando os direitos humanos são ofendidos, a gente tem até *forçado a barra* e tentado atuar antes disso, mas a gente acaba invadindo atribuição de outra promotoria. Em São Paulo, por exemplo, a promotoria de habitação é junto a de direitos humanos, aqui não, e pra completar a promotoria de direitos humanos tem ainda muitas outras atribuições, inclusive o controle externo da atividade policial, que consome basicamente 90% de tudo aqui. Então acaba que a promotoria de direitos humanos em si, que é a parte de direito à moradia, racismo e minoria vai ficando um pouco sufocada. Estamos tentando resolver isso, tentando chamar um quinto promotor, mas ele não vem. E a esperança é que o quinto promotor trabalhe com a área de racismo, minoria, direitos humanos em si e que a terceira promotoria fique com a área carcerária e com o direito à moradia, para que possamos fazer um melhor trabalho.

Pesquisadora: E quando vocês vislumbram a violação de direitos humanos e do direito à moradia para realmente atuar?

Dra. Claudia: Toda vez que um número grande de famílias é retirado do lugar onde vive para nós há violação. Toda vez que você está na sua casa, com sua família e chega o poder público e tira, alguma coisa está errada.

Pesquisadora: E quando o poder público retira essas famílias, seja para reintegração ou reassentamento pelas políticas públicas, o governo ouve as famílias? Tem algum tipo de diálogo?

Dra. Claudia: Não o governo, mas a prefeitura de Belo Horizonte tem uma certa dificuldade em lidar com a população e com mediação conforme nossa experiência desde 2012. Então isso são fatos, e pelos fatos, experiência e tudo que viemos acompanhando desde 2012, a prefeitura tem dificuldade para conversar com famílias e lidar com essa situação. É necessário melhorar esse diálogo.

Pesquisadora: E no caso, a prefeitura atua pela URBEL?

Dra. Claudia: A URBEL é a prefeitura. A URBEL não tem feito essa mediação. Ela diz que faz, mas nós não temos visto aqui esse tipo de atuação deles não. Eles são mais impositivos: tem que sair e pronto,

Pesquisadora: Eles atuam mais focados no direito civil.

Dra. Claudia: Às vezes nem isso. Porque muitas das vezes, muitos dos casos que nós temos aqui, a prefeitura nem poderia ter desapropriadora porque o terreno não era dela. Por exemplo, no caso da *ocupação do São Gabriel e da rua Mur*. A prefeitura desapropriou um terreno que pertencia à União, e ela não poderia ter feito isso, e no caso da rua Mur ela desapropriou uma área do estado, que ela também não poderia ter feito isso, isso vai contra a constituição. Então, de qualquer forma, eles na verdade não estão nem visando o direito civil, mas sim o próprio interesse da prefeitura que deve existir naquele caso. No caso do *São Gabriel* eles justificaram que era por causa da rodovia e no caso da *rua Mur* que era por causa de uma avenida, ou seja, para obras públicas. Então não se preocupam com direito civil.

Pesquisadora: E no caso de desapropriação e reintegração, eles indenizam as famílias?

Dra. Claudia: Muitas vezes não. Tiram as famílias e eles que se virem. Porque na verdade, como não há esse diálogo a prefeitura não se preocupa em perceber que, pelo decreto de desapropriação, só quem pode receber indenização é o proprietário, mas muitas vezes as pessoas não têm a propriedade daquele imóvel, então elas acabam não recebendo nada. Quando a terra é de terceiro, às vezes o dinheiro fica retido em juízo, mas nunca é liberado, porque aquela pessoa que tinha a posse não tem o título. Ocorre que isso vai contra a jurisprudência, porque o STJ tem inúmeras decisões jurisprudenciais em que a posse de boa-fé merece ele ser também indenizado, mesmo não tendo título de propriedade. A gente vem lutando por isso nas ações que a gente atua, mas raramente a gente consegue êxito. Alguns juízes acabam dando, então a gente luta para que pelo menos esse entendimento do STJ prevaleça e as pessoas sejam indenizadas como possuidoras de boa-fé, mas raramente isso acontece. Então a URBEL deveria fazer esse tipo de mediação mas ela não faz. Ela tenta as vezes que a pessoa receba um valor ínfimo, e muitas vezes as pessoas aceitam e vão embora, perdem aquela casa. Em alguns casos as pessoas conseguem indenização, às vezes, mas a nossa luta é que as pessoas, além das benfeitorias, consigam parte daquele lote, só que muitas vezes nem a benfeitoria ela consegue. Então há casos de todos os tipos, mas sempre, sempre, sempre com prejuízo do cidadão.

Pesquisadora: O que a gente vê é que muitas vezes as áreas que são ocupadas ou invadidas são áreas em que não estava sendo cumprida a sua função social e se encontra abandonada,

então as pessoas que não têm acesso à moradia acabam por invadir aquela área. Essas pessoas têm alguma forma de conseguir o registro dessa área, já que de boa-fé? Porque não é propriedade delas, mas há alguma forma delas conseguirem que aquela área se torne delas?

Dra. Claudia: Por exemplo, no caso do *São Gabriel*, havia pessoas que estavam morando na ocupação há cerca de 30 anos. Não eram mais barracas, eram casas de classe média baixa e algumas até de classe média, alguns com bons acabamentos e morando ali até mais de 50 anos tinha gente. Elas foram retiradas e até hoje têm dificuldade em receber essa indenização. Nesse caso, poderia se pensar em uma usucapião. Acontece que a área era uma área federal, e não é possível a usucapião de área pública, então não haveria juridicamente uma forma de elas tentarem essa área, porque não haveria usucapião. Já em casos como no *Isidoro*, que também há área privada envolvida, poderia ocorrer a usucapião, mas elas não teriam o tempo hábil para o exercício da usucapião, em casos de 5 anos, e eles não chegam a isso. Então juridicamente a usucapião não daria. Só mesmo a mediação ou o trato dessa situação de forma diferente resolveria, ou então uma ação civil pública, através do ministério público ou da defensoria, mas essa APC pra regular a área fundiária são ações muito complexas mas que não andam. O judiciário não anda com isso,

Pesquisadora: Você entende que o Estado cumpre com a efetivação e acesso ao direito à moradia?

Dra. Claudia: Não. Bom, de acordo com a Constituição, os estados, os municípios e a União deveriam se incumbir de garantir o direito à moradia, não somente o município, a nação só o estado, então caberia uma atuação desses entes em nível estadual, em nível municipal e em nível federal com políticas públicas, como o *minha casa minha vida*, para que pudessem garantir à população de baixa renda o acesso a essa moradia, né? Através de programas sociais no caso de população de rua porque eles não teriam nem como né, porque a *minha casa minha vida*, por exemplo, tem uma série de requisitos, não é todo mundo que atinge esse requisito, e a população de rua, por exemplo, não atinge esses requisitos. Então para eles deveriam ter programas sociais, deveria ter a união dos três entes (União, estado e municípios) e proposta de integração para que os projetos e programas sociais possam chegar a atingir os hipossuficientes e vulneráveis. Mas hoje nós não temos essa efetividade não.

Pesquisadora: Nós vemos que até mesmo quando o estado tenta cumprir com o direito à moradia, por exemplo no reassentamento, não há a observância da dignidade humana e eficiência pública, não é mesmo?

Dra. Claudia: Para que haja essa efetivação, deveriam estar unidos os três entes da federação juntos e, os três, através de programas sociais que possam garantir aos necessitados o direito à moradia. De início seria isso. Agora, o Ministério Público e a Defensoria Pública já não entram nessa situação, agora, por exemplo, no caso do *minha casa minha vida*, caberia a atuação do ministério público federal, através de uma ação civil pública, mas não sei se tem algo, mas as promotorias devem fiscalizar. Mas aqui, infelizmente, a gente só pode atuar depois que o direito humano é violado.

Entrevista com Izabel – Gerente de construtora/incorporadora

Izabel: eu trabalhava na construtora ***, que é para moradias de baixa renda, que constrói as moradias para o *minha casa minha vida*, mas não para o *minha casa minha vida faixa 1*. O *minha casa minha vida faixa 1* é aquele que é praticamente todo custeado pelo Estado e são moradias de baixa renda, esses que geralmente representam a transição entre bairros, como por exemplo, a transição de uma favela para o reassentamento. As casas da minha casa minha vida construídas pela *** não são essas da faixa 1, mas sim a faixa 2. Isso significa que são pessoas que podem custear, pagar pela moradia. Então faz-se uma análise de crédito dessas pessoas para que elas possam comprar o imóvel. A *** durante um período fez diretamente o financiamento pelos imóveis. Quando eu entrei na empresa estava na fase de regularizar os contratos e os imóveis, mas tinha pessoas que ficavam 30 anos pagando um imóvel. Eu não conseguia entender como as pessoas ficavam trinta anos pagando por um imóvel e como as construtoras confiavam nas pessoas, porque antigamente não existia alienação fiduciária ou processo de garantia efetiva, e mesmo assim as pessoas honravam o compromisso. Um dia eu participei da entrega da escritura de um imóvel após a quitação do contrato e foi a coisa que mais me emocionou na vida, porque foi quando eu vi uma pessoa que tinha dificuldade de escrever o próprio nome no contrato e, sem acreditar, perguntado “é meu mesmo”? E eu falei “é seu mesmo, a senhora pode fazer o que a senhora quiser”. Só que esses empreendimentos são empreendimentos muito muito simples, e aí o que era mais bonito era o olhar da pessoa, e aí eu pude entender, porque antes eu não entendia o que eu fazia e depois eu fui compreendendo o quanto o trabalho era significativo pras pessoas. Uma vez eu falei para a minha assistente ir entregar um título de propriedade para uma pessoa para ela entender também a importância do nosso trabalho e a importância daquele documento para aquelas pessoas, porque aquela mulher que estava ganhando naquele dia o título da propriedade da casa vai ter um imóvel, um bem no nome dela e o filho dessa mulher, de 30, 35 anos, que não

tem crédito no banco e não tem dinheiro porque ele é motoboy lá em Ribeirão das Neves, e não tem comprovante de renda, vai poder dar como garantia o apartamento da mãe dele e com isso vai conseguir comprar uma casa própria para ele e vai fazer circular a economia daquela região que ele mora. Então essa é a importância do trabalho que a gente tinha de validar a escritura dos imóveis. Isso é fomentar a economia, mas é também dignidade humana, porque as pessoas às vezes moravam de favor, e hoje moram em uma casa própria, que teve parcelamento de solo, incorporação, posteamento, que tem creche perto, praça perto, que tem rede de esgoto, tem água quente no banheiro dela, que ela entende que tem que comprar galão de gás, que entende o que que é morar em condomínio, respeitar o vizinho que tem do lado, então tudo isso surge pelo pedaço de papel que a gente valida e entrega para ela o título da propriedade. E aí eu entendi o que que é a regularização fundiária, porque antes eu achava que a regularização fundiária era pegar uma favela e regularizar, mas não é só isso, você consegue fazer no ambiente em que você está, são coisas que eu pude viver que foram interessantes. E essa empresa que eu trabalhava, ela fazia parte de uma holding, que era da Alphaville, e a visão que eles tinham era muito interessante, eles tinham um terreno que era muito bacana onde ia ser construído o condomínio do Alphaville, que são apartamentos alto luxo, mas era próximo a uma favela. E eles falaram assim que ia ser complicado porque as pessoas que iam comprar esses apartamentos não queriam enxergar essa realidade da favela e então foi feita uma parceria com a *** para fazer uma transição naquela área para as pessoas que iriam trabalhar no condomínio, era um projeto urbanístico para aquela reunião.

Pesquisadora: Algumas pessoas que eu conversei realmente gostaram da mudança da ocupação para os prédios. Elas reclamavam, por exemplo, de ter que morar em prédio ou porque mudaram para longe, mas a maioria fala que saíram de um porão e foram para uma mansão. No caso, essas pessoas que eu conversei não era o *minha casa minha vida* mas o *vila viva*, em que eles ganham a casa.

Izabel: Esse, o do *Vila Viva* que são os prédios da faixa 1. Pode ser que seja outro tipo de fomento.

Pesquisadora: E falando do *minha casa minha vida*, das prestações, você acha que esse programa e as políticas públicas de organização fundiária são eficazes?

Izabel: Não. Porque, vou falar bem no subjetivismo. Nessa favela da Serra foi bem relevante o que fizeram nela, construíram uma avenida no meio dela de fora a fora. Foi extremamente relevante para a coleta de lixo, passagem de ambulância, mas a desapropriação foi mal feita, porque colocaram as pessoas para morar lá em Vespasiano, enquanto antes elas moravam na

Contorno. Então nesse aspecto eu entendo que às vezes tem que prejudicar uma pessoa individual em prol do coletivo, eu entendo, mas quando a gente sai do âmbito público e vai pro individual é complicado. Por exemplo, antes a pessoa morava muito bem, na Serra, pegava um ônibus mais barato e chegava no trabalho dela, e agora ela mora em Vespasiano, como que ela faz pra trabalhar? Então eu acho que ao invés disso deveria ter tido uma política pública para verticalizar aquela área, então conseguiria adensar mais, poderia ter tido uma facilitação quanto a essa política pública, há possibilidade na lei quanto à flexibilização do aproveitamento do terreno para suportar uma quantidade maior de apartamento em um espaço menor. Dava pra ter pensado mais no particular. Em contrapartida eu vou te dar um dado que é da prefeitura. Por exemplo, eu antes trabalhava com planejamento de urbanização e quando a gente ia para uma cidade implantar um plano eu conseguia entender a negativa dos prefeitos em aprovar as mudanças na cidade dele. Eles falavam que não queriam *favelizar* a cidade ou transformar a cidade deles em cidade-dormitório, o que concordo, porque nas cidades metropolitanas as pessoas vêm para BH trabalhar e voltam para a casa deles apenas para dormir, então todo o tipo de serviço fica em BH, então acaba que a cidade vira dormitório. Minha vontade era dizer pro prefeito que a cidade dele virava dormitório porque ele pensava apenas nele mesmo, porque se ele transformasse essa cidade para concorrer para uma grande empresa se instalar aqui a sua cidade não seria dormitório, então é uma análise a ser feita pela administração pública e não fazer essas negativas de plano, não querer verticalizar, eles nem queriam ter qualquer tipo de informação. O meu irmão é prefeito de uma cidade pequena e eu perguntei pra ele o que o faria amar ter uma empresa grande se instalando em sua cidade, e ele disse que vários motivos, um deles porque o IDH da cidade iria aumentar. Vou te falar uma frase de um prefeito daqui que me chocou em primeiro momento mas que depois eu entendi, ele falou “você tira uma pessoa da favela, mas favela não sai dela, então você fala na construção de grandes condomínios na cidade, mas eu vou te levar no maior condomínio que eu tenho aqui pra você ver como que ele está” e na volta eu passei nesse condomínio, e as pessoas não é que não cuidam, mas a pessoa não tem condição de comprar gás e aí elas fazem uma fogueira no meio da sala. E aí eu comecei a dar uma estudada e tinha um projeto de lei em que o Ministério Público queria limitar o número de apartamentos em cada condomínio, porque senão acaba que fica assim mesmo. Eu já fiz planejamento de um condomínio que tinha mais de 120 apartamentos. Então o objetivo dessa legislação é restringir a quantidade de unidades para esse tipo de finalidade. Se você está falando de um programa social você tem que nutrir na pessoa o “pertencimento”, o sentimento de a pessoa pertencer àquele lugar. Mas,

esses que são 100% dados para mim, tinha que ter uma responsabilidade do Estado, enquanto Ente, na manutenção desses lugares. Você vai querer que uma pessoa que não tem conhecimento sobre o que é morar em um condomínio, porque sempre morou em prédio, entenda que ela tem que cuidar? Ai você vai querer que aquele lugar fique sempre bonito como no dia da entrega, mas isso não vai acontecer nunca. Então pra mim falta nesse sentido. Não é porque o Estado cercou e fez um prédio que aquilo passou a ser particular, a responsabilidade do Estado tinha que continuar. Hoje o que acontece é uma pseudoregularização, porque se não cuida, as pessoas vão *favelizar* por causa da cultura. Você acha que elas vão querer pagar, o mínimo que seja, com água e luz? Não, elas vão *fazer gato*. Se não tiver dinheiro para comprar gás elas vão fazer uma fogueira.

R: É a cultura *né*? Acho que o problema é que as políticas públicas não pensam em um todo. Por exemplo, na *ocupação Santa Lucia*, estão construindo uma rua lá e desocuparam algumas pessoas para mandar para o reassentamento, que não fica longe, mas algumas pessoas ficaram. Ok... teve uma política pública, mas e as pessoas que ficaram lá? O que o Estado fez por elas? Tem pessoas lá que tem a casa muito precária, onde está a eficiência do Estado para as pessoas que ficaram?

Izabel: Não, quanto a isso não tem dúvida que vai acontecer. Por exemplo, em Santa Luzia, que os apartamentos já estão em péssimo estado de conservação. A questão da política pública é que a ideia é muito boa, mas não tem efetividade nenhuma. E a gente tem tanta possibilidade juridicamente de fazer regularizações e não é feito, não é viabilizado. Por exemplo, o 4^a ofício de BH fez um trabalho maravilhoso, em que fizeram várias reuniões para descobrir qual era o instrumento mais simples possível para regularizar uma moradia. Então não é só pensar na política pública, são vários fatores em que se deve pensar.

Pesquisadora: Uma das pessoas que entrevistei fez uma crítica, por exemplo, na questão de terem que mudar para muito longe, falaram que muitas vezes isso é uma jogada política e econômica, para as construtoras ganharem dinheiro e fazer girar a economia do que a questão social e dignidade humana das pessoas que estão indo para lá.

Izabel: É, essa análise não é feita.

Pesquisadora: Sim, então muitas vezes a questão da eficiência pública e até da dignidade humana nas políticas públicas acaba sendo um disfarce para os interesses políticos e econômicos de uma construtora por exemplo.

Izabel: Bom, eu conheço apenas uma construtora que trabalha com foco no social é apenas uma, e não é a *** nem a ***. O interesse delas é apenas econômico, não tem relação

nenhuma com o Estado. Tem a *** que constrói moradias sociais de 0 a 3 salários mínimos, pra pessoas que recebem de 0 a 3 salários mínimos. Isso é programa social, por exemplo na caminho para Vitória, na BR, as pessoas saem e da Serra e estão indo pra lá. Já a *** e a ***, eu tenho certeza que constroem de 3 a 6 salários mínimos, elas têm que comprovar que têm renda para comprar o apartamento. Muitas vezes o que é analisado são apenas índices, por exemplo, tem que tirar pessoas de um certo lugar para reassentar e você pergunta onde e eles falam “não quero saber, é dentro de Belo Horizonte? Sim, então é ponto”, mas aí é dentro de BH onde? E isso deveria ser analisado. No que tange, por exemplo, à construção da avenida na Serra, tem pessoas que continuam morando lá na mesma condição, mas se você for pensar em outros aspectos como na possibilidade de coleta de lixo, de poder ocorrer um atendimento com ambulância você vê que por outros aspectos urbanísticos teve justificativa aquela desocupação, mas a questão da dignidade humana é muito subjetiva.

Pesquisadora: É, porque construir uma rua para poder ocorrer atendimento com ambulância ali se poderia trabalhar para melhorar a condição de vida de todas aquelas pessoas?

Izabel: Exatamente. Entra numa questão de subjetividade que eu não consigo alcançar.

Pesquisadora: Acaba sendo *tampar o sol com a peneira*. O problema é que às vezes a moradia é vista como “teto”, como ter onde morar, e nós sabemos que a moradia digna é muito mais do que isso, é garantir a condição a saneamento básico, ter transporte público, ter uma creche próxima, tem onde trabalhar, estudar, hospital, ter acesso a tudo né?

Izabel: Pois é, mas aí nessa fala, se vê que é extremamente relevante a construção da avenida na Serra.

Pesquisadora: Mas as moradias são dignas?

Izabel: Não, pois é, aí você está proporcionando acesso. Por exemplo, quando se está analisando a aprovação de um projeto de loteamento, existem as medidas compensatórias. Tem medidas compensatórias ambientais e urbanísticas, e aí quando você vai aprovar um projeto arquitetônico você tem às vezes até que pagar, outorga mesmo, no sentido de ter a aprovação daquele molde, e isso tudo está previsto na legislação, não é uma penalização ou multa nem nada. E essas medidas compensatórias existem várias hipóteses, pode ser a reforma de uma praça, executar uma via pública, parcelamento do solo, e tem também reformar um condomínio antigo, nesse caso muitas vezes para esconder a feiura do lugar, traz mais dignidade? Traz, mas o objetivo era urbanístico e não social, e às vezes isso ocorre em detrimento de construir uma creche. Então tudo tem *dois pesos e duas medidas*. Tem como ter políticas públicas eficazes. É possível. Eu vivi uma vez uma incorporação em que nós

estávamos construindo um condomínio muito grande, como 1124 apartamentos, então naquela região, vamos pegar uma média de 1000 apartamentos com 4 pessoas por família, são 4 mil pessoas morando ali naquele bairro novo que surgiu ali. 4 mil pessoas é gente demais, pra creche, hospital, praça, escola. Tem que pensar nisso tudo, o parcelamento do solo é a base de tudo. E a medida compensatória pela incorporação foi a reforma do clube onde o prefeito jogava bola. Todos nós da construtora ficamos revoltados, porque ao invés de construir creche fizeram isso. Outra coisa é que no terreno do lado ia ter uma escola, em que a construtora ia fazer uma escola de projeto da prefeitura e a prefeitura não dava o projeto, e se o condomínio ficasse pronto antes da escola onde que as crianças iam estudar? E é complicado, porque aí o prefeito conseguiu ser reeleito porque os amigos dele estavam com vestário reformado. Se você parar pra pensar, deveriam ter requisitos objetivos referentes às medidas compensatórias. Em Ribeirão das Neves, por exemplo, todo mundo reclama, mas as medidas compensatórias são objetivas, se você for fazer qualquer coisa se analisa a viabilidade financeira da construtora de forma objetiva. Então eu acho que existe possibilidade para implementar requisitos objetivos para realização de medidas compensatórias no que tange às políticas públicas, e são questões que deveriam estar vinculados com questões urbanísticas.